

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU

PRINCIPE DE LA NEUTRALITÉ DU JUGE

dans l'Instruction des Affaires Civiles

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 28 Avril 1910, à 1 heure

PAR

Georges ANDRÉ

Président : M. BARTIN, professeur
Suffragants { *MM. MASSIGLI, professeur*
 { *A. COLIN, professeur*

PARIS

JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs .

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU

PRINCIPE DE LA NEUTRALITÉ DU JUGE

dans l'Instruction des Affaires Civiles

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 28 Avril 1910, à 1 heure

PAR

Georges **ANDRÉ**



Président : M. BARTIN, professeur

Suffragants } MM. MASSIGLI, professeur
A. COLIN, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DU
Principe de la Neutralité du Juge
DANS
L'INSTRUCTION DES AFFAIRES CIVILES

INTRODUCTION

Anciennement le juge n'avait d'autres règles à suivre que les lois de la raison et de l'équité, car les intérêts qu'il avait à trancher étaient moins nombreux et moins complexes que de nos jours.

Mais avec les progrès de la civilisation, les droits et les obligations de chaque personne vinrent à s'accroître. On sentit alors le besoin de les fixer et de les déterminer en les soumettant à des formalités pour échapper aux incertitudes et surtout aux mille détours inventés par les plaideurs.

Les juges, autrefois souverains dans leur appréciation, durent dès lors juger selon la loi et leur

rôle se borna à déclarer, si les faits contestés, soumis à leur examen, le sont suivant les modes de preuve que le législateur a imposés aux plaideurs.

Dans le juge, l'homme doit donc disparaître pour faire place au magistrat. La loi lui a imposé des règles strictes pour le conduire par des voies nettement tracées à la découverte de la vérité. Elle a déterminé ses droits, ses obligations et n'a point hésité, soit pour subvenir à la faiblesse humaine, soit pour poser des limites au pouvoir qui résulte de ce rôle, à subordonner sa conviction à une sorte de conviction légale, à le soutenir et à le guider dans cette tâche difficile en lui imposant les formalités dont elle a entouré les moyens de preuve.

L'établissement de ces formalités était la meilleure précaution que la loi pût prendre contre l'injustice. Sans elles, le juge n'a plus de guide, il est livré à lui-même.

C'est là l'œuvre du Code de procédure qui a plié ainsi la conscience du magistrat à soumettre sa conviction à ces règles sous peine de violation de la loi ou d'abus de pouvoir.

Il paraît au premier abord surprenant d'imposer ainsi des règles fixes, invariables pour constater les actions humaines essentiellement mobiles et variables, différentes à l'infini les unes des autres par la pensée qui les anime, par la différence de leur but, par les détails de leur exécution. Mais il faut recon-

naître qu'une base légale est nécessaire aux discussions judiciaires, et que cette base ne peut avoir qu'un seul fondement, celui qui résulte des moyens de preuve auxquels la loi accorde une force de probabilité, car il n'existe pas d'autre critérium de la vérité.

Montesquieu, dans l'*Esprit des Lois*, ne dit-il pas : « Il y a toujours trop de formules si l'on consulte le plaideur de mauvaise foi qu'elles gênent ; il y en a toujours trop peu si l'on consulte l'honnête homme qu'elles protègent. » — Ces formalités ne sont donc qu'une barrière placée entre le juge et le plaideur pour garantir, par des procédés matériels, l'application de la loi civile et préserver ce dernier du pouvoir arbitraire de celui qui est le représentant de la justice.

La loi a donc créé une sorte de logique officielle pour le juge en instituant des preuves précises, classées suivant leur valeur, auxquelles il doit se référer dans la plupart des cas. Autrement, comment le magistrat aurait-il pu acquérir cette puissance d'abstraction qui seule peut soustraire le jugement aux sollicitations du cœur et des mille influences qui l'obscurcissent chez la plupart des hommes ?

L'application constante de ces formalités, l'habitude de réfléchir, acquise par la rédaction des motifs, pouvaient seules développer le sentiment du devoir légal, le don de l'appréciation froide et impartiale.

On a objecté que pour le juré, c'est-à-dire pour la personne que la loi appelle accidentellement à l'honneur de parler en son nom, on se contentait de la certitude morale. Il est cependant parfaitement possible que l'esprit perçoive et accepte comme certain ce qui ne pourrait pas faire l'objet d'une affirmation légale. C'est qu'avec le juré ce n'est plus la loi qui domine, ce sont les idées personnelles, qui l'emportent sur les considérations d'intérêt social. Malgré tout, il paraît y avoir dans ce droit d'appréciation arbitraire une anomalie résultant de ce que l'on n'a pas pris soin d'entourer ses décisions des précautions habituellement usitées pour protéger ses délibérations contre toute éventualité de précipitation et d'influence.

C'est qu'en effet, la décision du juré n'est pas, à la différence de celle du juge, un fait de science et d'argumentation, mais seulement un fait de conviction et d'impression. Quand il s'agit du magistrat, c'est la loi qui prononce et non l'homme ; le juré, au contraire, ne fait qu'interroger en lui la conscience. Or comment serait-il possible de contrôler et d'apprécier la conscience humaine ?

Cette immunité donnée au juré ne peut s'expliquer que par son rôle passager de magistrat et aussi parce qu'elle est la condition même de son indépendance. C'est pourquoi la loi a eu soin de dire formellement qu'elle ne lui demandait pas compte des éléments de sa conviction.

Cette différence entre l'un et l'autre tient aussi à la nature diverse des intérêts qu'ils ont à apprécier. Pour le juge, la question à résoudre renferme souvent un point de fait et un point de droit indivisible, tandis que pour le juré il ne peut jamais y avoir qu'un fait matériel à décider.

D'autre part, en matière civile, la contestation ne roule que sur des intérêts privés. Dès lors on comprend que la loi a dû renfermer le juge dans des règles assurant l'égalité pour tous. Il ne doit pas intervenir dans la discussion qui s'élève entre les personnes au sujet de leurs intérêts privés.

Ce n'est pas, en effet, au tribunal, mais aux parties, de fixer la matière de leur litige ; il ne lui appartient donc pas d'étendre à son gré, ou de restreindre le terrain sur lequel elles ont entendu le placer. Seules, gardiennes de leurs droits, elles peuvent en disposer à leur volonté et le juge n'a pas à connaître ceux qu'elles entendent abandonner ou qu'elles négligent de faire valoir en justice.

Nous n'exagérons rien en disant dès maintenant que le juge, en matière civile, n'a pas à rechercher d'office les preuves sur lesquelles il doit faire reposer sa décision. C'est aux justiciables à établir leurs droits et leurs prétentions, car si ces droits et ces prétentions dérivent toujours d'un fait matériel, sa constatation est inévitablement une formalité préalable, nécessaire à remplir par eux.

CHAPITRE PREMIER

Recherches personnelles des preuves par le juge

Dans les procès civils, la mission du juge consiste à prononcer sur l'existence des faits et des rapports de droit sur lesquels les parties ne sont pas d'accord.

Donc, quand un plaideur s'adresse au juge, dit Bentham (1), c'est pour lui demander une décision qui ne peut être relative qu'à un point de fait ou à un point de droit.

La mission du juge est précisément de résoudre ces difficultés par sa sentence suivant le pouvoir qui lui est accordé et qui varie selon que la contestation porte sur l'un ou l'autre de ces deux points.

Dans le premier cas, il s'agit pour le magistrat de savoir s'il estime que le fait, qu'on lui soumet, est vrai ou non, suivant les allégations de la partie qui l'invoque. C'est à cette dernière, exclusivement, à

1. *Traité des preuves judiciaires*, chap. I.

mettre sous ses yeux tous les éléments de nature à le convaincre de la vérité de ce qu'elle avance.

Les parties sont, en effet, maîtresses de leurs droits et, par voie de conséquence, des moyens sur lesquels reposent ces droits. Ce sont elles qui font le procès et le juge ne pourrait pas sans leur concours et leur volonté ordonner une mesure d'instruction pour arriver à en faciliter la solution.

Pour le point de droit, au contraire, le juge ne fait appel qu'à ses propres lumières. Il doit se demander quelle est la loi à appliquer, quel droit elle donne ou quelle obligation elle impose. La loi qui est matière abstraite ne peut pas se prouver. On se contente de la produire et si elle est obscure et équivoque, de l'interpréter.

Toutefois, il y a exception à cette règle lorsque le juge est obligé d'appliquer, dans un litige, les dispositions d'une loi étrangère. Dans cette hypothèse c'est à la partie qui invoque ces dispositions à en faire la preuve, c'est-à-dire à prouver l'existence de la loi. Les questions de droit, reposant sur un texte de loi étrangère, sont considérées par la jurisprudence comme une question de fait. C'est ce qui a été décidé par la Cour de cassation, qui ne voit dans la violation d'un semblable texte qu'une simple erreur de fait (1). Dans ces espèces, le juge ne doit et ne

1. Cassat., 15 avril 1861. D. 61.4.421.

peut pas refuser d'admettre les parties à la preuve et juger d'après les seules connaissances qu'il pourrait avoir de ces lois.

La même règle trouve encore son application, sous l'empire de notre législation, lorsqu'il y a contestation au sujet d'un usage local. Le point controversé, n'étant pas considéré comme un point de droit mais bien comme point de fait.

C'est donc à la personne qui se croit lésée dans son droit qu'il appartient de demander réparation à la justice en établissant, dans les meilleures formes possibles, les preuves des faits qui lui ont causé un préjudice.

Puisqu'il n'y a que les faits susceptibles d'être contestés, qui puissent être l'objet de la preuve, demandons-nous ce que cette expression signifie en matière judiciaire ? Dans le mécanisme juridique, la preuve est la démonstration, à l'aide de moyens autorisés par la loi, de la vérité d'un fait contesté donnant naissance à un droit.

Autrement dit, la preuve est la production des éléments de conviction, à l'aide desquels une partie qui fait une allégation est tenue d'en établir la vérité.

Le législateur aurait pu se contenter d'instituer des juges et de laisser à leur prudence le soin de décider si, dans chaque espèce, la preuve des faits est ou non suffisante à créer leur conviction ou même à rechercher cette preuve par tous les moyens. Mais,

un tel procédé ne répondrait plus à l'idée que nous nous faisons du rôle du juge. Ce n'est pas à lui de faire rendre à chaque homme les droits privés que la loi lui reconnaît. En outre, il y aurait à cela de graves inconvénients au point de vue de la certitude dans les relations juridiques. Car est-il possible, au moment où se soulève une contestation, d'affirmer qu'on possède des moyens de preuve suffisants ? Ne serait-ce point laisser le magistrat juger suivant sa conscience, par conséquent suivant sa fantaisie, et surtout ne serait-ce point une bien lourde tâche pour la faiblesse humaine !

« Les faits que nous croirons examiner avec la plus scrupuleuse impartialité, dit M. Bonnier, ne nous apparaîtront plus qu'à travers le prisme d'une première impression favorable ou défavorable. » Les parties ont, en effet, le plus grand intérêt à prévoir et à constater le fait ou la convention, générateur de leurs droits ou de leurs obligations, en vue de contestations futures. La loi a voulu leur abandonner l'initiative de ces moyens de preuve, tout en les enveloppant de formalités qui ne laissent point de place à la supercherie des plaideurs.

Non seulement la loi a précisé limitativement ces modes de preuve juridique, mais elle a encore nettement tracé les conditions et les circonstances dans lesquelles chacun de ces modes pourra être admis

par le juge et servir de base à la conviction qui décidera du sens de son jugement.

Se méfiant de l'intervention directe et personnelle du juge, le législateur n'a pas voulu qu'il connaisse du litige plus que ce que l'on veut bien lui laisser connaître. Il ne doit et n'a à examiner que ce que les parties veulent bien lui soumettre. Ce n'est que tout à fait exceptionnellement que la loi l'autorise à prendre d'office des mesures d'instruction (art. 1366-1367 (1) du C. civ. et 254-295-322 du C. de proc. civ.).

On comprend d'ailleurs qu'en refusant d'admettre la preuve, pour juger d'après sa connaissance personnelle, le magistrat sortirait du rôle impartial qui lui convient, pour prendre celui d'un témoin. *Nec enim*, dit Cujas, *et testis et judicis partibus fungi potest* (2).

D'autre part, la connaissance des faits acquise par le juge, en dehors de ses fonctions, ne l'autoriserait pas à rejeter la preuve offerte par les parties ; autrement, il méconnaîtrait le premier et le plus important droit des plaideurs, celui de la défense, ajoute M. Krug-Basse (3).

Il importe, en effet, que les intéressés connaissent et

1. Serment.

2. *Observationes*, Cap. XIX.

3. Krug-Basse. *Office du juge*, p. 68.

puissent discuter toutes les preuves qui tendent à former la conviction du juge.

Pour s'assurer de cette impassibilité ou plutôt de l'impartialité du juge, la loi a eu soin de tracer un grand nombre de formalités dans l'intérêt de la justice comme dans celui de la défense.

C'est par cette tyrannie apparente des formes que l'on appelle la procédure que l'on voit apparaître le principe de la neutralité du juge. Ces solennités, qui accompagnent toujours la production de la preuve en matière civile, ont en effet pour but de permettre aux plaideurs de formuler leurs prétentions avec la même égalité à toutes les phases de l'instance. Elles garantissent, en outre, le juge contre ses omissions et ses erreurs et surtout mettent obstacle à sa connaissance personnelle en l'obligeant à un examen public fait au su des justiciables.

Les formes, a dit un magistrat (1), sont la garantie de nos droits, elles contiennent les juges dans le devoir s'ils voulaient s'en écarter, elles empêchent que les citoyens soient traduits devant ceux qui ne leur sont pas donnés par la loi ; elles mettent un terme aux procès, assurent enfin le repos des familles et d'Aguesseau ajoute : « Elles sont le flambeau qui éclaire et guide la marche des magistrats ; le juge

1. M. Bergogné, président de la Cour royale d'Agen.

sans les formes est un pilote sans boussole ; il ne peut point tenir une route assurée. »

Si, dès lors, le tribunal ne peut prendre sa décision qu'à l'aide des formes légales d'instruction auxquelles la loi l'oblige à avoir recours, ses pouvoirs seront variables suivant la nature de la preuve employée et le degré de probabilité plus ou moins grand qui y est attaché.

Les rédacteurs du Code civil ont en effet adopté un système éclectique de preuve en se rattachant à l'usage plus ou moins usité de telle ou telle preuve, tout en ayant soin de ne pas laisser dans tous les cas, au caprice des plaideurs, le choix des moyens à employer pour faire pénétrer la conviction dans l'esprit des magistrats.

Ils ont aussi, dans certaines causes, défendu au juge de céder à l'impression que tel ou tel moyen pouvait produire dans son esprit. En cela, ils avaient pour but d'éviter aux plaideurs de se laisser égarer par leurs intérêts en présentant des moyens dangereux pour l'ordre public.

D'un autre côté, ils ont voulu prémunir le juge contre toutes les surprises auxquelles la faiblesse et les imperfections de l'esprit humain exposent, contre toutes les erreurs qu'il aurait pu commettre, s'il n'avait eu d'autre guide que les lumières de sa raison.

Toutes ces considérations ont donné naissance à

un système de preuves légales précises que la loi a créé pour les juges et qui classe suivant leur valeur les différents moyens déterminants de la certitude et de la probabilité.

Dans un tel système, comme nous le verrons par l'examen de quelques exemples de jurisprudence, le magistrat n'a pas à affirmer un fait parce qu'il est intimement convaincu de sa réalité, mais parce que l'ensemble des preuves produites équivaut à une certitude présumée légale.

Dans la recherche de ces preuves précises la personnalité du juge disparaît presque complètement, elle est même entièrement effacée : « Le magistrat, nous dit Duranton, ne pourrait, quelle que fût son opinion personnelle, bien mieux sa conviction positive touchant le fait contesté, s'empêcher de prononcer suivant la preuve légalement administrée de ce même fait d'y conformer son jugement (1). »

Dans la preuve précise, le juge n'a donc aucun office à remplir, mais à côté de cette preuve rigoureuse comme par exemple la preuve littérale, il y en a d'autres, au contraire, qui laissent au juge une plus grande latitude d'appréciation et lui donnent même la faculté de ne décider que d'après les lumières de sa raison et les inspirations de sa conscience telle est la preuve indirecte qui ne tend à établir le fait

1. Duranton, t. XIII, n° 9.

contesté qu'à l'aide d'inductions ou de conséquences tirées d'autres faits connus (1).

L'article 1316 du Code civil semble, par sa place, ne se rapporter qu'à la preuve des obligations. Cependant les moyens qu'il énumère s'appliquent d'une manière générale à toutes les matières du droit civil. A cette énumération il faut ajouter l'expertise (art. 302 à 324, C. proc. civ.) et la descente et vue des lieux (art. 295 à 302 du même C.) puisque l'aveu et le serment litis-décisoire ne sont pas à proprement parler des modes de preuve, car l'aveu a pour effet de mettre hors de doute et à l'abri de toute contestation le fait avoué et le serment constitue une sorte de transaction entre les parties.

A ce système mixte, la loi a apporté quelques dérogations en ce qui concerne l'état des personnes. Elle a restreint l'emploi de certains modes de preuve pour les remplacer par de nouveaux. Ces dérogations étaient nécessaires, à cause de l'importance de ces questions et aussi parce que les principaux faits constitutifs de l'état sont ordinairement constatés par des actes authentiques (2). Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il y a lieu de recourir à ce moyen de preuve que l'on appelle la *possession d'état*.

1. Aubry et Rau, t. VI, p. 328.

2. M. Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, n° 2, p. 75.

Ainsi, en matière contentieuse, nous voyons que le législateur n'a pas voulu que, lorsqu'un point de fait est contesté entre les parties, la connaissance personnelle du juge exerce une influence quelconque.

La jurisprudence moderne a souvent fait des applications du principe, que le juge ne doit pas décider ainsi le point de fait d'après la connaissance qu'il en aurait obtenue autrement que dans les débats et en qualité de magistrat.

Nous citerons un arrêt de la Cour impériale de Montpellier, en date du 23 novembre 1852, qui a nettement formulé cette doctrine : « Considérant, porte l'arrêt, que les premiers juges ont repoussé les principaux moyens de la défense, en se fondant sur la connaissance personnelle, qu'ils auraient acquise en dehors du procès, des faits sur lesquels les parties sont en désaccord ;

« Considérant qu'en opposant ainsi leur propre témoignage aux assertions du demandeur et aux preuves par lui invoquées, ils ont méconnu la première règle de toute justice : *Ne inauditus condemnatur*, puisque, en effet, la partie ainsi condamnée a été placée dans l'impossibilité de discuter l'opinion du juge et d'en démontrer peut-être l'erreur ou l'injustice ».

Plus récemment la Chambre civile de la Cour de cassation a nettement déclaré, dans un arrêt du

8 juillet 1885 (1), que la preuve d'un fait ne pouvait être établie que par les moyens donnés par le Code civil et le Code de procédure civile.

L'arrétiste, qui a résumé cette décision, dit en effet : « Les juges ne doivent former leur conviction que sur des éléments de preuve admis par la loi, et la preuve n'est réputée légalement faite que si elle est administrée suivant les formes de procédure et d'instruction prescrites par le Code de procédure.

L'intervention du juge ne se manifeste pas ou peu dans la lutte qui se déroule devant lui, car « une particularité remarquable de notre procédure civile, écrit M. Glasson, tient au rôle qu'y joue le juge. Ce rôle est, à vrai dire, purement passif, le juge assiste à la procédure, mais ne la dirige pas (2). »

Et le même auteur fait remarquer qu'il y a ici un contraste très frappant avec la procédure de juridiction administrative et notamment celle qu'a établie, pour les Conseils de préfecture, la loi du 22 juillet 1889. D'après cette loi, le juge dirige l'instruction.

Devant les tribunaux civils, au contraire, la procédure s'accomplit devant le juge sans qu'il y prenne une part directe et s'il est autorisé parfois à compléter ou à rectifier les preuves fournies par les plaideurs, il ne doit ni ne peut le faire à leur insu.

1. *Le Droit*, 10 juillet 1885.

2. Glasson, *Source de la procédure*, p. 82.

Il importe donc que les justiciables connaissent et puissent librement discuter toutes les preuves qui tendent à former la conviction du juge. En ne le permettant pas, il y aurait violation des articles 1315 et suivants du Code civil.

On ne pouvait, en effet, comme l'expriment MM. Aubry et Rau (1), autoriser le juge à déclarer un fait constant par cela seul qu'il en avait personnellement acquis, en dehors du litige, la connaissance. Car c'eût été, par voie de conséquence, lui permettre d'apporter lui-même des documents ou des renseignements, dans un débat où les notions les plus élevées des idées de justice et d'intérêt social exigent qu'il demeure tout à fait étranger.

Même en se plaçant au point de vue de l'équité, qui, comparée au droit, est moins rigoureuse, puisqu'elle tient compte de toutes les circonstances et peut ainsi entraîner le représentant de la justice, au risque de l'égarer, il ne convenait pas de lui accorder ce pouvoir d'investigation. Il serait résulté de ce fait la suppression absolue de tout contrôle de la part des parties.

Quoi qu'il en soit, le législateur n'a pas accordé ce droit aux tribunaux civils, il a, au contraire, donné aux justiciables la faculté de discussion contre le rapport soit de l'expert, soit encore des dires, obser-

1. T. VIII, p. 153, § 749.

vations, réquisitions de l'adversaire, soit enfin et surtout contre les préventions de parti pris du juge.

S'il en eût été autrement, c'était la condamnation des plaideurs au régime du caprice et de l'arbitraire.

« Tous les moyens, dit très bien M. le conseiller Lavielle, ne sont pas bons pour découvrir la vérité ; la justice doit au contraire les choisir dignes d'elle et de la vérité elle-même. Il faut que ces moyens soient sérieux, sincères et loyaux. Elle n'en saurait admettre d'autres ; elle ne saurait surtout descendre à ce manège de dissimulation et de ruse, de guerre couverte, d'instruction mystérieuse, de confidences équivoques, inconvenantes et dangereuses entre elle et l'un des plaideurs » (1).

Or, laisser uniquement au juge, pour seul guide, sa propre raison, dans la recherche de cette vérité, eût été exposer la justice à toutes les fragilités de son esprit. Il arrive en effet très souvent que les plaideurs n'exposent pas leurs prétentions avec la loyauté souhaitable. Parfois, ils ne reculent devant rien pour atteindre le résultat qu'ils désirent. Souvent même ils mettent tout en œuvre pour se concilier la bienveillance du magistrat.

Après avoir posé ce principe général de la neutralité du juge, nous devons brièvement signaler les exceptions qui, dans certains cas, lui permettent de

1. *Etudes judiciaires*. — V. *Revue critique*, t. XII, p. 334.

décider d'après sa connaissance personnelle et de rechercher lui-même les preuves.

C'est en matière commerciale que nous les rencontrons : l'article 14 du Code de commerce permet dans des espèces, limitativement énumérées, d'ordonner la communication des livres d'un commerçant et d'y puiser les éléments de preuve nécessaires à former la conviction du juge.

Mais, à part cette dérogation, le principe unanimement admis, en matière contentieuse de la compétence des juridictions civiles, est qu'un fait ne saurait être tenu pour avéré que si la preuve en a été établie d'après les formes légales et contradictoirement par les parties elles-mêmes.

Cette opinion a été soutenue par Demolombe : « Le législateur, a-t-il dit, a eu le soin de déterminer limitativement les modes de preuve qui peuvent seuls être employés en matière civile, en précisant les cas et les conditions sous lesquels chacun de ces modes de preuve pourra être admis. »

La jurisprudence a de tout temps fait une large application de ce principe de la neutralité du juge. Elle veut qu'il se détermine uniquement d'après les preuves qui parviennent légalement à sa connaissance et ne l'autorise jamais à se prononcer d'après sa conviction personnelle (1). Et récemment un arrêt

1. Riom, 3 novembre 1809. C. N. 3. 2. 143. — Rennes, 29 février 1820. C. N. 6. 2. 212.

de Rouen du 24 février 1890 (1) n'exprimait-il pas cette règle en disant : « Que de telles indications recueillies sans le contrôle juridique d'un examen contradictoire et prescrit par la loi, ne pourraient le plus souvent qu'exposer le juge et les parties aux fâcheuses surprises et aux erreurs les plus regrettables. » Plus tard, le Tribunal civil de Lyon, dans les considérants de son jugement en date du 3 juillet 1896 (2), reprenait cette idée en décidant que tout demandeur était tenu de justifier sa réclamation, le juge n'ayant pas à se substituer à lui pour procéder aux investigations dont ce demandeur a la charge ; et il ne peut, surtout si la cause est urgente, que l'apprécier dans l'état où on la présente à l'audience. Le jugement a d'ailleurs le soin d'ajouter qu'à cette condition seulement, on peut admettre la demande, cette solution n'étant que l'application du principe posé par l'article 1315 du Code civil.

Il était en effet de toute nécessité de ne pas autoriser le juge à opposer ainsi ses propres témoignages aux assertions des parties en cause, ou aux moyens de preuve invoqués par elles car, nous le répétons, c'eût été la violation de la première règle de toute justice : *Ne inauditus condemnetur*.

1. *Recueil de Rouen et de Caen*, 1890. 1. 38.

2. D. 97. 2. 93.

Comment une discussion serait-elle utile et libre, si demandeurs et défendeurs ignorent également sur quels points elle doit porter et surtout si le juge s'est formé à l'avance une conviction en dehors des débats, à l'aide de recherches personnelles, ignorées le plus souvent des parties et sur lesquelles elles seront réduites certainement aux suppositions ? Il y a plus, à l'appui de ces observations, nous pouvons invoquer une autre règle qui, elle aussi, est de toute équité, celle qui veut qu'un juge ne puisse pas prendre part au jugement d'une contestation qu'il n'a pas suivie dans toutes ses phases : « Juger ainsi, dit M. Garsonnet, ce serait condamner une partie sans l'avoir entendue et prononcer d'après la connaissance personnelle qu'on a de l'affaire. » Aussi la loi du 20 avril 1810 impose, dans cette situation, l'abstention du magistrat qui n'a pas siégé pendant toute l'instance.

Nous verrons en effet, en analysant l'arrêt de la Cour de Riom du 3 novembre 1809, précité, que l'esprit de la jurisprudence est bien d'accord sur ce principe avec la doctrine.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un billet à ordre souscrit ou cautionné par les sieurs Bec et Ribeyrolles. Le porteur Bougier avait assigné les défendeurs devant le tribunal de commerce. Mais, ces derniers déclinerent la juridiction de ce tribunal en soutenant qu'ils n'étaient point négociants, mais bien de sim-

ples propriétaires. Cependant, le tribunal de commerce d'Issoire rejeta le déclinatoire et condamna les sieurs Bec et Ribeyrolles comme marchands en se fondant sur la seule connaissance personnelle qu'il avait eue de leur qualité. Aucune instruction n'avait été ouverte et en outre aucun document n'avait été produit. Dans ces conditions, il était de toute évidence, que la Cour de Riom, devant qui appel fut interjeté, infirmerait ce jugement tout en ordonnant avant faire droit que le demandeur Bougier ferait la preuve tant par titres que par témoins que les défendeurs, ou l'un d'eux, faisaient trafic ou commerce, lors et au temps du billet à ordre dont il s'agissait.

Ainsi, même en matière commerciale, où les modes de preuve sont admis plus largement qu'en matière civile, les juges n'en restent pas moins circonscrits dans les limites tracées par l'article 1316 du Code civil (1).

D'autre part, les règles sur la preuve sont d'ordre public pour le juge et les tribunaux ne peuvent pas y déroger en formant leurs décisions d'après des connaissances personnelles acquises en dehors de l'audience, sans commettre un excès de pouvoir. Il doit, lorsqu'il ne trouve pas dans la cause des documents suffisants, comme cela était le cas pour le tribunal

1. Ch. civile, 8 juillet 1885. D. 86.1.204. — Douai, 8 mai 1877. D. 79.2.213. — Cass., 24 juin 1908. D. 1903.1.480.

d'Issoire, recourir aux moyens d'instruction indiqués par la loi, et non pas se borner à prendre personnellement et sans le concours des parties les renseignements qui lui paraissent nécessaires.

Voici les considérants d'un autre arrêt qui ne laisse aucun doute sur cette question : « Considérant que les premiers juges, en opposant ainsi leur propre témoignage aux assertions du demandeur et aux preuves par lui invoquées, ont méconnu la première règle de toute justice *Ne inauditus condemnetur*, puisqu'en effet la partie ainsi condamnée a été placée dans l'impossibilité de discuter l'opinion du juge, d'en démontrer peut-être l'erreur ou l'injustice (1). » La preuve ne peut donc pas être recherchée dans les notions du juge comme homme privé, mais bien dans les actes, dans les témoignages réguliers et dans les présomptions légales qui sont invoquées devant lui comme homme public.

Nous n'admettrions pas plus qu'il se fondât sur des informations recueillies en dehors des parties. La Cour de Limoges, dans un arrêt du 14 mars 1894 (2) a annulé un jugement qui prononçait le divorce entre deux époux en se basant sur des renseignements que le tribunal avait spontanément demandés à la police sans que les parties en eussent reçu communication ou eussent été mises en demeure de les discuter.

1. S. 1853.2.239.

2. D. 96.2.361.

Il y avait de la part de ce tribunal une atteinte grave aux droits de la défense en se prononçant ainsi sur des renseignements officieux de police, d'autant plus que le commissaire de police n'avait aucune qualité pour faire une enquête sur la vie privée de personnes en cause dans une instance civile. Non seulement ces informations étaient des renseignements de notoriété, mais comme ils n'avaient pas été produits régulièrement ils devaient être considérés comme inexistant.

Un autre arrêt de la huitième Chambre de la Cour d'appel de Paris s'est rangé à cet avis en décidant que des renseignements, fournis par le commissaire de police aux termes desquels un mari fait subir à sa femme des mauvais traitements, sont insuffisants à établir des sévices et ne sauraient dès lors justifier le prononcé du divorce sur leur simple fondement au profit de la femme (1).

Ces décisions nous permettent de conclure que le juge ne doit s'arrêter qu'aux faits articulés par les parties et ne les tenir pour avérés qu'autant qu'ils ont été régulièrement produits.

La Cour de Caen, dans un arrêt du 6 mars 1847 a cependant reconnu qu'un tiers pouvait être mis en cause dans le seul but de fournir des renseignements qui sont à sa connaissance parce qu'il a, par exemple, la confiance de l'auteur de l'une des parties litigantes.

1. 20 décembre 1903. *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 428.

Le tiers dont il s'agissait n'avait pas été pris comme arbitre au sujet de difficultés ou de différends dans la liquidation d'une communauté ayant existé entre les auteurs des parties actuelles. Mais il intervenait comme ayant assisté aux comptes que les intéressés avaient eu à débattre à l'époque, comme ayant à cet effet reçu communication de registres et autres documents pour leur en rendre compte ; comme ayant enfin servi d'intermédiaire pour échanger des explications. Dans ces conditions et à raison de la mort de ceux qui avaient pris part aux discussions engagées à cette époque, il paraissait le seul en mesure de donner les renseignements qui pouvaient mettre fin à ces comptes anciens.

La Cour, dans un pareil état de choses, avait admis que le tribunal pouvait, sans violer aucun principe de droit, autoriser la mise en cause de ce tiers, mais elle eut soin toutefois de spécifier que c'était dans le but de faire connaître des faits et documents qui étaient *communs*, c'est-à-dire destinés à être communiqués à tous les intéressés.

Cette décision nous paraît un peu trop osée, en ce sens que les pièces et documents en question n'étaient pas la propriété particulière des intimés mais bien celle des auteurs des appelants. D'autre part, le tiers en question était-il bien qualifié pour révéler les confidences qui avaient ou auraient pu lui être faites ? Autoriser une telle mise en cause ce serait à

notre avis fournir souvent le moyen d'éluder les prohibitions relatives à la preuve testimoniale et procéder à une enquête sans l'observation des formalités prescrites par la loi, car enfin la présence d'une personne étrangère aux débats ne peut évidemment avoir d'autre but et d'autre résultat que de la faire déposer sur les faits du procès.

La même Cour antérieurement avait, du reste, consacré ces principes dans un arrêt du 10 avril 1823 (1), en n'admettant pas qu'une personne, qui n'est pas partie au procès, puisse faire l'objet d'un interrogatoire sur faits et articles parce que, disait-on alors, une telle mesure d'instruction ne peut avoir lieu que sur la matière même qui fait l'objet du procès. Et il ne peut exister aucune matière de cette espèce entre un tiers et l'un des plaideurs. Il s'ensuivrait qu'admettre de pareilles interventions serait susceptible de donner ouverture à la violation d'une des règles de la preuve testimoniale, puisqu'il suffirait d'appeler en cause deux ou trois témoins et de demander ensuite à les faire entendre sur faits et articles (Code de procédure civile, art. 324) (2).

Cependant, au cas spécial où le tiers est susceptible d'être mis en cause et de devenir réellement partie au procès, on ne serait plus fondé à se plaindre d'une mesure qui simplifierait la procédure.

1. S. 25. 2. 174.

2. En ce sens Metz, 16 juin 1827.

La Cour de Bordeaux a rendu, le 24 juillet 1849 (1), un remarquable arrêt qui précise la question : « Si la loi, dit cet arrêt, permet aux juges d'ordonner la comparution personnelle des parties, elle ne les autorise pas à faire comparaître et à interroger avec elles, des tiers qui ne figurent pas dans le procès et qui ne peuvent être entendus qu'à titre de témoins. »

La loi a en effet réglé minutieusement les formalités de la preuve testimoniale. Il ne peut donc pas être permis d'éluder ces dispositions protectrices du droit de chacun en produisant des attestations sans la garantie du serment exigé des témoins (2).

Toute autre solution qui permettrait de faire état de la déposition d'une personne, alors qu'aucun jugement n'a préalablement ordonné une enquête, ne serait qu'une violation des articles 252 et suivants du Code de procédure civile et 302 du même Code, quand même les parties auraient participé à la mesure irrégulière dont nous critiquons l'emploi. L'irrégularité d'une telle instruction, faite ainsi en dehors des prescriptions légales, ne pourrait en effet disparaître par cela seul que les résultats en auraient été portés à la connaissance des plaideurs.

Tout récemment encore le tribunal civil de la Seine avait l'occasion d'appliquer ces règles en déclarant nul le jugement, qui, pour justifier sa décision, a

1. S. 1849.2.438.

2. Tribunal civil de la Seine, 24 juin 1897. *Droit*, 25 juin 1897,

fait état de la déposition d'une personne, alors qu'il n'a pas été ordonné une enquête par un jugement préalable (1). Cela s'explique d'autant mieux que le législateur de 1804 a posé des limites étroites à l'emploi de la preuve testimoniale, dans l'article 1341 du Code civil. On voit par ce texte que la prohibition de cette preuve est non seulement fondée sur l'intérêt privé des parties, mais encore sur un principe d'ordre public. Il résulte de là non seulement que le juge doit rejeter d'office cette preuve, toutes les fois que la loi la prohibe, mais encore, dans le cas où elle est permise, il doit veiller à ce qu'elle soit faite suivant les prescriptions de l'article 255 du Code de procédure civile. Admettre d'autres procédés serait faire dépendre la validité des obligations des attestations d'une personne irresponsable dont les moindres erreurs pourraient avoir pour les intérêts privés des conséquences involontaires.

Les mêmes motifs nous conduisent à décider qu'un tribunal ne doit pas tenir compte des déclarations écrites d'un témoin qui n'a pas comparu à l'audience et qui n'ont pas été versées aux débats (2).

Nul doute que ce que nous venons d'exposer devrait encore recevoir application, si les renseigne-

1. Trib. Seine, 23 mars 1908. *Gaz. des tribunaux*, 6 septembre 1908.

2. Cass., 18 nov. 1902. *Moniteur judic.* Lyon, 17 décembre 1902.

ments recueillis émanaient d'une administration publique comme celle du timbre et de l'enregistrement.

A ce sujet le tribunal de la Seine a déclaré que le juge ne pouvait pas, pour apprécier la validité des engagements juridiques, se fonder sur d'autres indications que celles données par les titres eux-mêmes. Il s'agissait, dans l'espèce, d'établir l'antidate de billets portant la date de l'année 1894. Or, l'administration du timbre, appelée à déposer, avait affirmé que le papier portant le millésime de 1894 n'avait été mis par elle en circulation que dans l'année 1895 (1).

Le juge, en effet, lorsqu'un fait contesté est établi par acte authentique ou par acte sous seing privé dont la signature est reconnue, ne peut pas écarter les indications données par les titres pour se fonder sur des attestations fournies par les tiers. Si l'on admettait cette manière de faire ce serait faire dépendre la validité d'une obligation d'une mesure d'ordre ou de comptabilité prise par l'administration dans son propre intérêt. Les renseignements, fournis ainsi par une administration publique, ne sauraient même accessoirement concourir à la formation de la vérité judiciaire (2).

On doit décider que la certitude qui est appelée à

1 27 avril 1897. *Loi*, 28 juillet 1897.

2. 3 août 1887. S. 87.1.320. — Bastia, 7 février 1855, S. 55. 2. 137.

servir de base à la conviction du juge sur les faits engagés dans un procès est tout à fait différente de la connaissance qu'il a pu, en tant qu'homme, se former quant à la réalité ou à l'inexactitude desdits faits. Il s'agit toujours pour lui d'une certitude strictement légale, c'est-à-dire d'une suite de déductions logiques, tirées du seul emploi des moyens de preuve admis par la loi, dans la mesure de la force probante accordée à chacun d'eux. Cela est tellement vrai que sur le vu d'un acte authentique invoqué à l'appui des prétentions de l'une des parties et non contesté, le juge devrait donner raison à celle-ci, lors même qu'il saurait personnellement que l'acte est faux, s'il n'y a pas eu dans l'espèce inscription de faux.

Il a été jugé à cet égard qu'un tribunal ne peut pas puiser les éléments de sa conviction dans un document confidentiel qui n'a pas été produit à l'audience et que le seul hasard d'un classement hâtif du dossier a fait passer sous ses yeux (1).

Enfin, comme dernier exemple, nous pouvons encore citer l'arrêt du 23 avril 1902 de la Chambre civile qui a cassé un jugement du tribunal de commerce de Nancy en date du 30 octobre 1900 qui avait fait état d'une lettre écrite à son Président par un tiers sans constater que les parties en avaient eu connaissance (2).

1. C. de Nancy, 16 janvier 1886. S. 86.2. 181.

2. D. 1903. 1. 368 et Cass., 23 avril 1902. P. 1902, 1. 319.

Nous voyons que, dans chaque matière, le mode de fonctionnement des preuves est indiqué au juge et s'il y a des divergences, celles-ci ne peuvent guère porter que sur la mise en œuvre des moyens de preuve. Quant à ceux-ci considérés en eux-mêmes, il est difficile d'en imaginer qui ne rentrent pas dans les limites et conditions fixées par la loi.

Les observations que nous venons de présenter s'appliquent également au cas où il s'agirait de vérifications, faites personnellement par les membres du tribunal. En effet, les faits ne sont pas toujours uniquement confiés à la foi des témoins, il peut exister des éléments matériels, que les lieux conservent et qu'un magistrat ne peut saisir qu'à leur inspection. Bien souvent, pour apprécier les prétentions respectives des parties, les juges se transportent officieusement sur le terrain litigieux ou à l'endroit où se trouvent les objets contestés pour baser leur conviction soit d'après l'inspection qu'ils en font, soit au moyen de renseignements qu'ils recueillent. Il est certain qu'un tel procédé de recherche est irrégulier : « Attendu, dit un arrêt, que cette visite purement officieuse faite hors la présence des parties et substituée à la visite légale, n'a pu devenir elle-même un élément légal de décision soit à l'égard du tribunal entier, qui n'a pas été éclairé par un rapport régulier et contradictoire, soit à l'égard des parties qui n'ont pu ni contrôler l'opération et débattre ses résultats, ni

exercer, le cas échéant, le droit de récusation que l'article 383 du Code de procédure civile leur donnait contre le juge chargé de cette visite » (1).

Conformément à cette opinion la Chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 2 mars 1886 (2), a décidé que le tribunal saisi d'une action possessoire ne pouvait pas fonder sa sentence sur les résultats d'une visite de lieux faite sans jugement préalable et sans l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 295 et suivants du Code de procédure civile.

Alors même que le tribunal aurait d'office ordonné cette mesure d'instruction il n'en pourrait pas prendre l'initiative ni l'accomplir sans que les parties en aient été prévenues. Il serait, en effet, possible que dans l'intervalle les plaideurs transigent ce qui rendrait le transport du juge tout à fait inutile.

Et même, en cas de défaut des plaideurs, le juge est obligé de dresser un procès-verbal de sa visite dont les énonciations exigées par la loi, sont rigoureuses à peine de nullité et parmi lesquelles figure celle de mentionner les faits et renseignements qu'il a recueillis. Car si, dans les questions de droit, les tribunaux sont tenus de suppléer aux omissions de la défense, il n'en est pas de même en ce qui con-

1. Paris, 17 novembre 1898. *Loi* du 23 janvier 1899.

2. S. 1886.1.204.

cerne les points de fait. La preuve de ces derniers ne peut être recherchée que dans les actes du procès, les témoignages régulièrement recueillis ou dans les présomptions légales de la cause (1).

La même règle est applicable en matière commerciale (2).

De ce que le législateur a limitativement fixé dans le Code civil et dans le Code de procédure civile les modes de preuve qui seuls sont admissibles dans ces matières, il s'ensuit aussi que le juge ne peut pas substituer ses connaissances privées à un rapport d'expert fait par un homme de l'art.

En cas de doute ou de soupçon, le magistrat doit toujours préférer les preuves juridiques aux conjectures douteuses et aux présuppositions incertaines de sa conscience. La Cour de Rennes, dans un arrêt du 5 juillet 1819 (3), déclara en effet que les juges ne peuvent pas se prévaloir de leurs connaissances personnelles pour les substituer à un rapport d'expert. C'est aussi l'opinion de M. Boncenne : « le magistrat, dit-il, ne doit jamais faire les fonctions d'expert » et pour établir cette doctrine l'auteur s'appuie sur l'arrêt ci-dessus et sur un arrêt de la Cour

1. Bastia, 7 février 1855. D. 55.2.188.

2. Cass. Ch. civile, 27 octobre 1907. D. 1908.1.64. S. 8 juillet 1885. D. 86.1.204.

3. S. 1819. 2. 103.

de cassation du 6 nivôse an XIII, qui a décidé qu'il n'appartenait pas aux tribunaux, dans les cas où d'après la loi du 19 juillet 1793 relative à la contrefaçon ils ont à prononcer des dommages-intérêts égaux à la valeur de 3.000 exemplaires de l'édition originale, de procéder eux-mêmes à l'estimation de l'ouvrage contrefait.

On a pourtant soutenu le contraire et M. Chauveau sur Carré a établi à cet égard une distinction très judicieuse, entre les cas où il s'agit d'une enquête, cas auquel il refuse aux juges le droit de substituer les connaissances personnelles qu'ils ont des faits à celles qui résultent de l'enquête et celui où il s'agit d'une expertise, cas auquel il le leur reconnaît. « Dans le premier cas, il s'agit d'actes ou de faits qui tombent sous les sens, mais de faits particuliers à la cause dont le juge ne peut avoir qu'une connaissance privée. Dans le deuxième cas, en procédant par lui-même à l'appréciation, le juge se borne, à faire usage de notions morales scientifiques ou artistiques qu'il possède et qu'il a acquises *a priori*, sans considération du procès, à en faire l'application à des objets matériels ou à des faits constants. Lui est-il défendu d'être instruit dans tel ou tel art, telle ou telle science ? Ne serait-il pas à désirer au contraire, qu'il eût une science universelle pour pouvoir toujours se diriger par sa propre lumière ? » (1)

1. Chauveau sur Carré. *Lois de la procédure civile*, quest. 4155 bis.

Un arrêt de la Cour d'Orléans s'est rangé à cet avis. Les tribunaux peuvent, dit-il, se passer d'une expertise faite par les gens de l'art lorsqu'il s'agit d'apprécier le salaire dû pour une opération chirurgicale (1).

Il eût été certainement souhaitable que le magistrat pût connaître de toutes les affaires, mais ce serait beaucoup trop exiger, surtout aujourd'hui, où de jour en jour l'expédition des affaires demande plus de connaissances et tend à embrasser une universalité de savoir de plus en plus étendue.

Sans doute le magistrat ne doit pas rester étranger à ce monde d'idées nouvelles que les besoins commerciaux, industriels ou autres font surgir chaque jour, mais on est obligé de reconnaître qu'il est impossible de s'initier et de se familiariser dans chaque espèce de faits d'ordre technique, dont la connaissance demande une étude antérieure très approfondie et toute spéciale. De ce défaut de connaissances spéciales, provient l'utilité de maintenir dans de sages limites l'esprit d'initiative du juge. Aussi lorsqu'un tribunal ordonne une expertise, il doit laisser aux parties le droit de choisir les experts; le juge n'a qu'un pouvoir subsidiaire pour leur nomination. Le législateur n'a pas voulu enlever aux plaideurs la faculté de nommer des experts de leur choix et à

1. 19 février 1812.

défaut d'accord des parties il leur reconnaît le droit de remplacer, dans les trois jours de la signification du jugement, les experts nommés d'office. Dans tous les cas, le juge doit se soumettre aux règles qui régissent l'expertise en général car il est de principe qu'il ne doit s'éclairer qu'en suivant les moyens admis et consacrés par la loi : *Non sufficit judex sciat sed jure sciat*.

Il existe même des hypothèses où la loi veut qu'il soit établi un rapport d'expert. Comme exemple, nous pouvons citer l'article 1678 du Code civil. En ordonnant une descente sur les lieux à la place de l'expertise que prescrit cet article, le tribunal se heurterait à l'indication rigoureuse de ce texte, malgré les articles 295 et suivants du Code de procédure civile, qui ont entouré la descente sur les lieux de formalités garantissant l'intérêt des plaideurs.

Ce n'est pas le seul exemple que fournit le Code civil : les articles 1559 et 1716 parlent aussi d'une estimation par experts.

Dans toutes ces espèces, le juge ne peut se dispenser d'ordonner une expertise, les termes de la loi étant trop absolus pour être interprétés dans le sens d'une simple faculté.

L'avis des experts, il est vrai, ne lie pas le juge (article 323 C. Pr. civ.). Il n'a que le caractère et la valeur d'un simple avis. Les experts sont placés à côté du juge pour l'éclairer. Ce dernier reste donc li-

bre d'apprécier leur travail, mais s'il s'y réfère ou s'il en subit l'influence sa décision reflétera l'impartialité, car l'expert doit, en effet comme le témoin, déposer *de visu et de auditu*.

Le trait caractéristique de tout ce que nous venons de dire est que le juge, dans l'instruction des affaires civiles, est soumis impérieusement pour l'admission des preuves à veiller à ce qu'elles soient administrées suivant les formalités imposées par le législateur. Il doit éviter de prendre l'initiative de les rechercher en dehors des parties. C'est qu'en effet tous les moyens d'investigation, faits à l'insu de celles-ci, sont dangereux pour la manifestation de la vérité.

Nous avons constaté que lorsque les preuves arrivent au juge par l'intermédiaire d'autres personnes, hors les cas prévus par la loi, il ne doit pas en tenir compte, car les témoignages produits juridiquement au moyen d'une enquête sont seuls valables. C'est ce qui résulte virtuellement des dispositions rigoureuses que le Code de procédure a prises en cette matière pour assurer la sincérité des dépositions.

En ce qui concerne l'expertise, il en est de même. La loi n'a pas voulu qu'on nomme expert le juge devant lequel l'affaire est pendante : « La raison qui s'y oppose, écrit Dalloz, c'est que l'expert ouvre son avis qu'il le développe, le justifie et le consigne, même dans son rapport. » Or en combattant ce rapport

les parties pourraient parfois montrer l'erreur ou le parti pris du juge. Il était donc sage de ne point exposer la conscience de celui-ci à la suspicion des plaideurs.

D'ailleurs si, dans une enquête ou dans une expertise, le juge pouvait à l'avance exprimer son opinion, il y aurait presque toujours entrave apportée par lui aux droits de la défense. En outre, sans les formalités nombreuses qui entourent ces mesures d'instruction, le juge serait le plus souvent induit en erreur par de tierces personnes, dévouées à l'une des parties, ou trompé par de fausses impressions.

Nous allons voir que le législateur est allé beaucoup plus loin afin d'assurer la plus grande indépendance aux plaideurs vis-à-vis du juge.

Puisque celui-ci ne peut pas rechercher personnellement les preuves dans un procès civil on pourrait concevoir qu'il ait le droit d'ordonner la production de documents dont les parties n'entendent pas se servir, c'est-à-dire de pièces qui n'ont été ni signifiées ni employées au cours des débats. Tout d'abord le texte de l'article 188 du Code de procédure civile, qui est précis et limitatif, n'accorde ce droit aux parties que pour les seules pièces qui ont figuré dans l'instance. Rien dans l'article précité n'implique que ce droit soit reconnu au juge. Et si nous nous rappelons qu'il n'a pas à rechercher les preuves, nous devons en conclure qu'on ne saurait lui reconnaître

cette prérogative car ce serait implicitement l'autoriser à produire des éléments de preuve en dehors du consentement des plaideurs.

Toutefois plusieurs décisions de jurisprudence se sont écartées de ce principe. Et tout en reconnaissant qu'aux termes de l'article 188 un plaideur est fondé à exiger la communication des seules pièces dont on entend se servir contre lui, elle a admis que, malgré la disposition précise de cet article, on ne doit pas toujours l'appliquer à la lettre. Plusieurs décisions de jurisprudence ont plus ou moins nettement reconnu que les tribunaux pouvaient, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, ordonner la production de certaines pièces qui n'ont été ni signifiées, ni employées (1), mais sur les instances des parties, et non sur l'initiative personnelle du juge.

Toutes ces sentences reflètent, plus ou moins clairement, l'idée que les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire lorsque les documents de la cause sont insuffisants pour la manifestation de la vérité.

Mais du moment où l'article 188 défend aux parties d'exiger la communication de pièces non signifiées ni employées, à quel titre le juge pourrait-il en

1. Cass., 17 juin 1879. D. 80.1.427. — Paris, 29 juillet 1882. S. 82.2.223. — Metz, 25 février 1869. S. 69.2.95. — Dijon, 29 février 1876. — S. 77.2.94.

ordonner la production puisque la charge de la preuve incombe au demandeur ou au défendeur selon la nature des faits qu'il s'agit d'établir ? Tout ce qu'on pourrait permettre au magistrat serait, dans le cas où un plaideur de mauvaise foi retient une pièce décisive réclamée par l'adversaire, de l'autoriser à la faire verser aux débats, et encore dit M. Bonnier, la partie qui en réclame l'apport doit avoir le soin d'en déterminer la nature et l'utilité avec une suffisante précision en justifiant de motifs réels et sérieux.

Ce qui s'est présenté en pratique, c'est le droit pour un tribunal de limiter ou plutôt d'ordonner la suppression d'un écrit diffamatoire ou calomnieux en vertu de l'article 1036 du Code de procédure civile (1).

Néanmoins nous rencontrons des hypothèses, dans lesquelles il est unanimement reconnu, que le juge a le pouvoir d'ordonner la production de pièces ni employées, ni signifiées. C'est lorsqu'il s'agit de documents qui sont communs aux deux parties. Une pièce est commune lorsqu'elle offre pour les plaideurs un égal intérêt soit dans la demande soit dans la défense : tels sont les titres d'une succession dans laquelle il existe un héritier et un légataire. Or lorsqu'il s'agira de déterminer la quotité disponible, l'héritier pourra être obligé par le juge de communiquer au légataire

1. Req., 9 décembre 1874.D.75.1.225.

tous les titres et documents trouvés dans la succession.

Nous pouvons encore citer comme documents communs : les papiers, livres et registres du mandataire ou du gérant d'affaire relatifs à l'exécution du mandat et de la gestion d'affaires.

Enfin, toute pièce qui a été produite dans une instance ou dans un arbitrage devient, par le fait même de son introduction dans l'instance, commune aux parties en cause. Ce caractère de titre commun, attaché à une pièce de procédure, suffira pour donner au magistrat le droit de la produire dans l'instance car elle doit demeurer à la disposition du tribunal ou de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence.

Mais comme les parties, lorsqu'il s'agit de documents communs, ont le plus grand intérêt à les connaître, ces documents étant la plupart du temps leur propriété, il était de toute nécessité que le juge intervint au cas où l'une d'elles les retiendrait. Cependant, il semble qu'il n'y ait pas là une véritable communication de pièces telle que la prévoit le Code de procédure, mais plutôt une production de nature spéciale car l'article 842 du Code civil, qui prévoit le cas où des pièces utiles à tous les copartageants sont déposées entre les mains de l'un d'eux, n'emploie pas le mot communication, mais le mot « remise ».

Il n'en est plus de même lorsqu'une pièce ou un titre n'appartient qu'à l'une des parties. Celle qui

s'est abstenue de la verser ne saurait être obligée de la produire (1). Si l'on est tenu en effet de communiquer à son adversaire toutes les pièces dont on se sert contre lui, dût-il y trouver des armes, en revanche on n'est pas obligé de lui fournir les pièces ou titres dans lesquels il pourrait trouver la preuve de son droit, du moment que l'on s'abstient soi-même d'en faire usage : *Nemo tenetur edere contra se*.

Il y aurait, en effet, violation du principe fondamental de la contradiction des débats, si on permettait au magistrat de se fonder sur des documents qui ne seraient pas *volontairement* produits à l'audience et qu'un plaideur n'entend pas vouloir discuter. La Cour de Pau a décidé, à cet effet, qu'un tribunal ne devait pas ordonner l'apport d'une enquête non signifiée. Il n'a qu'à examiner si la demande est ou non justifiée. Mais il ne saurait, pour faire cette vérification, se faire apporter du greffe une enquête faite par exemple à la requête d'un demandeur non comparant. Il est donc indispensable à la bonne administration de la justice, non seulement que tous les documents soient portés à la connaissance des parties pour qu'elles puissent en discuter les énonciations et éviter les surprises qu'ils pourraient exercer sur l'esprit des juges, mais aussi

1. Tribunal Seine, 17 janvier 1883.
Gaz. Pal., 1883. 1,318.

pour qu'ils les aient sous les yeux, afin de les apprécier avec toute l'équité qu'exige la loi. Le but de l'article 188 du Code de procédure civile n'a pas été d'accorder un droit d'initiative au juge pour rechercher lui-même les documents, mais de donner aux parties une exception qu'elles seraient libres d'invoquer ou non.

Nous avons dit précédemment que le juge ne pouvait statuer que sur des faits allégués et prouvés par les parties, mais les procès peuvent se prolonger soit par l'introduction de nouvelles pièces, soit encore par quelques moyens inédits de défense. Il était donc de toute nécessité de mettre fin aux luttes judiciaires, sans cela les litiges se perpétueraient indéfiniment. Il importait aussi qu'une décision, qui soit l'expression exacte du droit des parties, intervint. « Le bon ordre repose non seulement sur ce qui est juste mais aussi sur ce qui est fini » (1). Le législateur a donc imposé une limite, après laquelle les procès doivent être jugés dans l'état où ils se trouvent au moment de la clôture des débats. Jusqu'à ce moment, les plaideurs ont pu apprécier, discuter librement et contredire publiquement toutes les preuves sur lesquelles ils ont entendu baser leurs prétentions. C'est là un droit qu'il fallait leur reconnaître non seulement dans leur intérêt propre, mais aussi

1. Boncenne. *Traité de procédure*, t. II, p. 844.

dans celui de la justice. Toutefois il devenait équitable et nécessaire de leur imposer un terme à partir duquel la cause demeurerait invariable.

Les dispositions des articles 87 du décret du 30 mars 1808 et 111 du Code de procédure civile n'ont pas eu d'autre but. Le juge doit, par conséquent, s'y conformer et ne pas faire état dans sa sentence de pièces dont il aurait pu avoir connaissance ou qui parviendraient sous ses yeux après la clôture des plaidoiries et les conclusions du ministère public. A partir de ce moment, la discussion est en effet close, et il a été jugé que les parties ne pouvaient plus exciper d'une pièce nouvelle introduisant dans l'instance un élément de décision différent sur lequel il aurait été désormais impossible qu'une nouvelle discussion s'engageât (1). A plus forte raison, il n'est pas permis au juge d'en faire état dans son jugement sans violer la loi. Tout ce que l'on reconnaît au juge c'est de pouvoir rouvrir les débats sur la demande d'un plaideur, lorsque ce dernier vient à se servir d'une pièce nouvelle de nature à modifier le procès (2). On reconnaît en effet le droit pour les parties de prendre des conclusions nouvelles, tant que la cause n'a pas été mise en délibéré sur rapport (3). Le jugement rou-

1. Cass., 15 janvier 1878. S. 78. 1. 293. — Cass., 9 janvier 1888. S. 88. 1. 248.

2. Lyon, 1^{er} juillet 1840. S. 41. 2. 34.

3. Caen, 24 mars 1825. S. 27, 2. 53 et Ch. des Req., 15 janvier 1878. D. 78. 1. 152.

vrant les débats n'est d'ailleurs qu'une simple mesure d'ordre intérieur, rendue en présence de toutes les parties en cause. Il donne au juge la faculté de s'éclairer sur un point qui lui avait jusqu'alors semblé obscur. Mais le pouvoir de celui-ci ne saurait aller plus loin.

La Chambre civile de la Cour de cassation a en effet cassé, par un arrêt du 6 février 1894 (1), le jugement du tribunal de commerce de Carcassonne parce que les juges avaient pris pour base de la décision la déclaration, qui avait été faite devant le tribunal, en Chambre du conseil, par un notaire dont l'audition avait été ordonnée après la clôture des débats.

Un tribunal ne peut pas consulter des pièces parvenant à sa connaissance à huis-clos après les conclusions du ministère public. S'il a besoin de renseignements complémentaires pour éclairer sa religion, il doit les rassembler selon les formalités tracées par le législateur, c'est-à-dire à l'audience, en mettant à même les plaideurs de s'expliquer librement et publiquement. Sans cela, il y aurait nullité du jugement rendu par la juridiction qui, après les conclusions du ministère public et sans avertir les parties, appellerait dans la Chambre du conseil le tiers expert chargé de faire une estimation, en lui demandant

1. S. 94. 1. 176.

après échange d'explications de faire un complément de rapport pour servir de base à sa décision (1).

La prohibition ainsi faite au juge de rechercher, personnellement, les preuves dans une instance civile, s'appliquera également aux représentants du ministère public. De nombreuses décisions judiciaires nous montrent que le fait, par cet organe, de produire à l'audience des documents étrangers aux parties constitue une atteinte aux droits de la défense (2). Le droit de discussion n'étant pas respecté, les justiciables seraient ainsi menacés dans leurs intérêts, car on pourrait leur opposer des moyens qui les rendraient peut-être non recevables à poursuivre leurs actions. Nous ne devons pas oublier non plus que le ministère public comme le juge est une « création de la loi ». Il n'a donc et ne peut avoir que les pouvoirs et les attributions qu'elle lui confère. Or, en matière de preuve, le législateur ne laisse rien à la volonté ou à l'arbitraire du juge. Il n'est par conséquent pas permis au ministère public de s'écarter de ces prescriptions en agissant d'office pour la recherche des mesures d'instruction à employer, d'autant plus qu'aucune disposition spéciale du Code

1. Cass. civ., 6 août 1866. S. 1866. 1. 359. — 12 nov. 1907. D. 1908. 1. 96.

2. Req., 24 octobre 1892. D. 92. 1. 624. — Req., 23 juillet 1895. D. 96. 1. 301.

civil ne lui confère ce droit en règle générale. L'action civile ne lui est, en effet, accordée par la loi que dans les cas prévus par elle et lorsqu'il y a un intérêt d'ordre public engagé. Cette action du ministère public au civil est donc tout à fait exceptionnelle et le sort des intérêts privés ne saurait être livré à tous les caprices de l'appréciation de ces magistrats (1). L'intérêt général a pu commander des exceptions à ce principe qu'aux parties seules appartient l'exercice de leurs droits. La loi dans ces hypothèses a eu le soin de préciser et de limiter ces exceptions, hors desquelles, le ministère public ne peut pas intervenir. Or, la recherche des moyens de preuve appartient entièrement aux parties qui seules ont à s'en acquitter. C'est l'avis de la Cour de cassation, exprimé dans un arrêt du 20 septembre 1889 (2). Elle déclare que les juges ne sauraient faire état de titres en litige retrouvés par les soins du ministère public. Dans cette espèce, une Cour d'appel s'était fondée sur le résultat d'investigations faites en appel par le ministère public pour infirmer un jugement de première instance. Les intimés n'avaient pas été admis à les vérifier. En statuant ainsi la Cour d'appel de Lyon avait violé l'article 1316 du Code civil en prenant en considération des moyens de preuve

1. Req., 24 octobre 1892. D. 92. 1. 624.

2. S. 1890. 1. 7.

non administrés suivant les formes de procédure et d'instruction prescrites par le Code de procédure civile.

Nous terminerons en nous demandant si la conviction personnelle du juge peut faire état de la notoriété et de la preuve par commune renommée. Les mêmes raisons qui interdisent aux magistrats de se fonder sur leurs propres recherches des faits de la cause, nous amènent à dire qu'ils n'ont pas davantage à s'en rapporter à la notoriété publique. En effet, nous disent plusieurs décisions de jurisprudence, invoquer la notoriété publique ce n'est pas faire autre chose que de se référer à la connaissance personnelle que l'on peut avoir du fait à établir (1).

Aussi la preuve par notoriété ne peut être faite que dans les cas limitativement fixés par la loi et qui sont réglés par les articles 444, 503 et 1994 du Code civil. On admet, en outre, que dans les hypothèses où la notoriété est requise pour l'application d'une disposition de ces textes, son existence doit elle-même être prouvée si elle est déniée. On a bien objecté qu'un fait notoire ou réputé tel ne saurait être prouvé. Mais, l'objection n'est pas solide car elle est le résultat d'une confusion entre la preuve du fait dont la notoriété est alléguée et l'existence de cette notoriété elle-même.

1. Paris, 9 mars 1838. S. 38. 2. 255. — Cass., 22 juillet 1873. S. 74. 4. 127.

Cependant, il appartient aux tribunaux, en l'absence d'une définition légale, par exemple de l'inconduite notoire, d'apprécier les faits et les circonstances de cette inconduite, d'en déterminer le caractère et les conséquences. Il peut arriver que l'éclat ou la continuité des désordres soient si grands qu'il ne soit point nécessaire, ni obligatoire pour le juge d'ordonner une mesure d'instruction. Néanmoins il demeure toujours libre de le faire (1).

Toutefois, l'article 509 du Code civil qui suppose la notoriété de la démence exige que le tribunal interrogatoire procède à l'interrogatoire du défendeur à l'interdiction. C'est là une formalité essentielle à laquelle la loi attache la plus grande importance. Son omission emporte nullité de la procédure, car elle est d'ordre public. C'est le tribunal lui-même et tout entier qui doit procéder à cet interrogatoire pour s'assurer uniquement si le défendeur est sain d'esprit, c'est-à-dire s'il comprend les choses ordinaires de la vie. La conséquence, qui en découle tout naturellement, est que les juges ont ici à se faire une opinion personnelle sur l'état mental de l'individu. C'était le seul moyen propre à les éclairer et à les mettre à même de prononcer en connaissance de cause. Dans cet interrogatoire la loi s'en remet entièrement à la sagesse, à la perspicacité et à l'expérience

1. Cass., 12 mai 1830.

des magistrats. Aussi la connaissance personnelle du juge est-elle appelée ici à jouer un grand rôle puisque le défendeur à l'interdiction comparaît en la Chambre du conseil. C'est là une dérogation au droit commun qu'il était important de signaler.

En ce qui concerne la preuve par commune renommée, c'est-à-dire celle qui se fait par une enquête où les témoins déposent sur l'existence ou la valeur des biens que quelqu'un possédait à une certaine époque d'après ce qu'ils ont vu eux-mêmes et entendu dire, il appartient également au magistrat d'apprécier ces dépositions et les circonstances propres à corroborer ou à affaiblir le degré de crédibilité qui leur est dû. Dans ce genre de preuve, si large et si dangereux puisqu'il repose sur des ouï dire, le témoin ne se borne pas à déclarer ce qu'il a vu et entendu. Il doit énoncer son opinion sur la valeur estimatrice des choses dont on recherche la consistance, nous dit Proudhon (1), comme s'il avait été nommé expert pour en faire l'appréciation. Cette preuve, admise par exception, n'est d'ailleurs reçue qu'à défaut d'autres preuves ; « au besoin par commune renommée » dit l'article 1415 du Code civil ; « même par commune renommée » article 1504 ; enfin « tant par titres que par commune renommée », article 1442 du même Code. Les circonstances dans lesquelles on

1. *Droit d'usufruit*, t. VII, n° 169.

peut l'employer sont donc strictement définies. Cependant, certaines décisions reconnaissent que cette preuve peut être appliquée dans des cas analogues à ceux-ci (1).

Les témoignages sont, dans ce mode de preuve, reçus dans les formes prescrites pour les enquêtes, ce qui fait, qu'il n'est en résumé, qu'une variété de la preuve testimoniale, mais ici le témoin dépose sur ce que l'on dit, sur ce que l'on pense et non plus sur des faits précis articulés à l'avance.

Cette preuve tout à fait exceptionnelle ne pourrait donc pas être admise ou ordonnée par le juge dans les causes où on ne rencontre pas de circonstances graves, précises et concordantes, susceptibles de lui servir de point de départ. Elle n'est en général admissible que pour établir la consistance d'un mobilier non inventorié, contre celui qui était chargé d'en faire inventaire, mais disent MM. Aubry et Rau (2), elle est toujours recevable en pareille circonstance, lors même que la loi ne l'aurait pas formellement autorisée pour l'hypothèse dans laquelle on se trouve. Et le mari ne peut jamais l'employer, car il est en faute de n'avoir pas fait l'inventaire qui lui était expressément recommandé par la loi (3).

1. Douai, 13 janvier 1865. S 66. 2. 61. — Cass., 22 juillet 1873. S. 74. 1. 127.

2. Aubry et Rau, t. VIII, p. 761.

3. Cass., 23 juin 1841. — Cass., 19 déc. 1842. S. 43. 1. 167.

Dans la preuve par commune renommée, il n'y a rien de précis comme l'est ou le doit être une déposition dans une enquête ordinaire pour s'imposer à l'esprit du juge. Les éléments d'appréciation en sont donc laissés à la sagesse des tribunaux ; il y a ainsi, malgré les formes requises pour l'admission de cette preuve, une place laissée à la conviction personnelle du juge.

Voici donc les conclusions auxquelles nous arrivons : On peut diviser les preuves employées devant les tribunaux en deux espèces principales : celles que la loi veut qu'on tienne pour certaines et auxquelles le magistrat ne peut se dispenser de conformer son jugement quand même il ne serait pas personnellement persuadé ou convaincu, et celles dont l'effet est abandonné à la prudence du magistrat qui doit en apprécier la force sans être obligé d'y conformer son jugement.

Dans la recherche des premières, le juge n'a pas à se demander quelle est son impression intime, quelle est sa conviction personnelle. Il doit faire abstraction de sa volonté dès qu'il a constaté que les formalités légales de ces preuves étaient remplies, et y ajouter foi, tant que la force de ces actes n'est pas détruite par les moyens tracés par la loi. Ainsi l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Le juge ne pourra donc pas

lui ôter sa force en le privant de son effet quelle que soit d'ailleurs son opinion personnelle. Ces preuves précises établissent le fait dont il s'agit et doivent toujours être produites par les parties.

Les secondes, au contraire, ne sont pas des preuves légales, car elles ne tiennent lieu de preuves que dans les cas seulement où le magistrat est autorisé par la loi à se décider par leur secours. Aussi leur efficacité est-elle abandonnée à la sagesse du tribunal, qui jouit ici d'un pouvoir d'appréciation beaucoup plus grand. C'est ainsi, avons-nous vu, que pour la notoriété de la démence, la conviction personnelle du juge pouvait se manifester.

En règle générale, nous avons montré que le juge ne pouvait pas s'en rapporter uniquement à sa connaissance personnelle des faits, car il jugerait sans l'emploi des formalités que le législateur a regardées comme indispensables pour distinguer le faux du vrai, autant qu'il peut être donné aux hommes de connaître la vérité.

En outre, on a voulu laisser aux plaideurs la plus grande liberté de discussion. Si le juge avait été autorisé à décider sans contradicteur, ceux-là auraient été livrés à sa merci, puisqu'ils n'auraient pu combattre les raisons qui font croire au magistrat que tel fait s'est passé réellement ou non. Au surplus, il était tout naturel d'abandonner la charge de la preuve à celui qui, par une prétention, modifie à

son profit l'ordre des relations juridiques actuellement existant. Le magistrat n'a donc à intervenir que pour décider sur la réalité ou la fausseté de cette prétention.

Fénelon a dit, « bien juger, c'est juger selon les lois », c'est-à-dire suivant les formalités et les prescriptions qu'elles ont établies. Il y a donc une obligation étroite pour le juge de limiter son examen aux données du débat, telles qu'elles lui sont fournies par les plaideurs. Ces limites peuvent être variables en ce sens que de nombreux incidents pourront surgir, mais il n'appartient pas au magistrat d'influer sur l'orientation du litige et sur les chances respectives de chacun des adversaires par une initiative ou une intervention contraire à l'impartialité de son rôle.

CHAPITRE II

La pièce introduite aux débats a figuré antérieurement dans un litige d'intérêt privé

Nous venons d'exposer et de démontrer le principe en vertu duquel les juges ne peuvent et ne doivent former leur conviction que sur des éléments de preuve autorisés par la loi. En outre il faut, avons-nous vu précédemment, que dans tous les cas une discussion publique et contradictoire ait eu lieu entre les parties, sinon il y aurait violation des droits de la défense.

Examinons maintenant ce qu'il adviendrait si le juge introduisait *personnellement* dans une contestation qu'il a à solutionner des pièces ou des documents ayant déjà été l'objet d'un litige antérieur d'intérêt privé.

En nous reportant à ce qui a été dit ci-dessus, il semble impossible au juge de tenir pour légalement prouvés des faits dont il aurait eu connaissance par la lecture de pièces qu'il aurait personnellement prises dans une autre instance, engagée antérieurement, fût-ce même entre les mêmes parties. Nous avons dit en effet : « qu'un fait ne pouvait en général être con-

sidéré comme établi d'une manière complète qu'autant que la preuve en a été administrée dans la même instance et contradictoirement avec la partie à laquelle on l'oppose » (1).

Nous n'envisagerons pas le cas de l'article 1351 du Code civil, c'est-à-dire celui où la chose jugée rend légalement certaine l'existence du rapport juridique qui a fait déjà l'objet de la contestation. Il serait en effet contraire à la règle *res judicata pro veritate habetur*, que sur les mêmes pièces et entre les mêmes parties il y eut deux jugements rendus contradictoirement.

Ainsi, en nous plaçant en dehors de l'application de l'article 1351, non seulement le juge ne doit former sa conviction que d'après les modes de preuve reconnus par la loi et suivant les formes qu'elle détermine pour chacun d'eux, mais il faut encore généralement : 1° Que ces preuves soient produites contradictoirement avec la partie à laquelle on les oppose ; 2° Qu'elles soient produites dans l'instance même où s'agite la prétention à l'appui de laquelle on les invoque.

Au surplus, la règle posée par l'article 1315 du Code civil que la charge de la preuve incombe au demandeur, est une règle de raison et de sécurité sociale. En effet celui qui émet en justice une préten-

1. Aubry et Rau, t. VIII, p. 161.

tion quelconque cherche à modifier à son profit l'ordre des relations juridiques actuellement existant. Cet ordre de relations doit être considéré jusqu'à preuve contraire comme conforme à la vérité et à la justice. Le juge ne peut donc pas avoir le pouvoir de rechercher lui-même la preuve des prétentions des parties dans une procédure antérieure fût-elle de même nature que celle qui lui est soumise.

Il pourrait en effet l'apprécier dans un sens diamétralement opposé à celui pour lequel elle aurait été établie, d'autant plus que cette procédure antérieure, ayant été accomplie devant un magistrat différent, pourrait aboutir à des conséquences néfastes et porter une atteinte grave aux droits de la défense. Mais ce danger devient illusoire lorsqu'il s'agit de documents communs aux deux parties, documents, qui ont pu être examinés contradictoirement entre elles dans la première instance. Non seulement de telles pièces peuvent être prises en considération par le juge, mais encore ce dernier, avons-nous dit, a le pouvoir d'en ordonner la production.

Le magistrat, dans ce cas, ne statue pas sur la connaissance personnelle qu'il a des faits puisque cette pièce a dû être produite à l'instance par l'initiative d'une des parties et dans les formes prescrites par la loi. En conséquence, le juge n'élude pas les dispositions protectrices du droit de chacun en prenant

en considération un titre qui a déjà subi la garantie de la contradiction pour rassembler ou compléter les indices et les vraisemblances qui se trouvent de nouveau réunis dans la cause. La jurisprudence en a fait une application qui mérite d'être signalée.

Il s'agissait d'une demande en nomination de conseil judiciaire et le tribunal pour l'accueillir s'était servi d'une enquête faite au cours d'une instance antérieure en séparation de corps, tout à fait étrangère au procès actuel. D'où appel sur le motif qu'on ne pouvait invoquer une semblable enquête sans porter atteinte au droit de la libre défense. Mais la Cour de Besançon, par un arrêt du 2 février 1865 (1), a confirmé le jugement du tribunal de Besançon précisant que cette enquête avait déjà figuré contradictoirement dans l'instance antérieure, que, de ce fait, elle était devenue un document commun aux deux parties et que le juge pouvait ainsi y puiser des éléments de sa conviction à l'appui de ceux qu'il trouvait dans la procédure relative à l'instance actuelle. « Considérant, dit en effet cet arrêt, que l'enquête a été contradictoire ; qu'elle est un document commun aux deux parties et que le juge peut y puiser des éléments de conviction à l'appui de ceux qu'il trouve d'ailleurs soit dans le jugement de séparation, soit dans la procédure relative à l'instance ac-

1. S. 65. 2. 239.

tuelle, etc. ; confirme. » Ce raisonnement est l'application du droit commun qui n'admet une décision judiciaire que si elle est le résultat des moyens de preuve fournis à l'instruction. D'autre part, la jurisprudence admet, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, que le caractère de pièce ou titre commun suffit non seulement pour autoriser le juge à en faire l'examen, mais encore lui permet d'en ordonner la production malgré les parties.

En l'absence de textes précis, la jurisprudence est même allée beaucoup plus loin. Elle a reconnu au juge le droit de faire état, dans sa décision, d'une enquête qui avait eu lieu dans une instance antérieure, non plus cette fois entre *les mêmes parties* mais entre des *personnes différentes*, devant un autre tribunal et cela contrairement à la règle que la preuve doit toujours être concentrée dans des documents appartenant directement à la cause. « Attendu dit la Chambre des requêtes qu'aucune loi ne défend aux juges de tenir compte de l'enquête qui a eu lieu dans une autre instance, que même aux termes de l'article 292 du Code de procédure civile, le juge peut avoir tel égard que de raison aux dépositions faites dans une enquête annulée » (1).

Dans l'exemple que nous citons le juge avait eu à déterminer la cause d'un incendie, ayant éclaté dans

1. Cass., 19 juillet 1876. S. 77. 1. 147.

une maison voisine de la voie ferrée. Il résultait tant de l'enquête que de la contre-enquête, auxquelles il avait été procédé, que le sinistre était dû au passage d'une locomotive d'un train de ballast. L'entrepreneur des travaux de la voie, ayant contesté la cause initiale de l'incendie, se vit condamner par le tribunal civil de Rouen sur le vu des enquêtes et contre-enquêtes faites précédemment devant le tribunal de Louviers. Les juges de Rouen se trouvaient, il est vrai, en face d'une des hypothèses dans lesquelles la preuve testimoniale était admissible. Il appartenait donc au tribunal, dans la détermination de la cause réelle de cet incendie, d'user du droit que l'article 1353 du Code civil accorde aux juges de se décider d'après de simples présomptions : « Attendu, dit cet arrêt, qu'il n'y a eu, de la part du tribunal dans la détermination de la cause réelle de l'incendie, que l'exercice du droit qui lui appartenait incontestablement d'apprécier les faits et de former sa conviction au moyen de simples présomptions. » Cette opinion est conforme à celle admise par la doctrine, qui reconnaît ce pouvoir au tribunal, pourvu que la preuve par témoignages ou présomptions soit admissible, ou même dans les cas où il résulte des faits ou documents de la cause des indices ou renseignements, qui, ne permettant pas eux-mêmes de résoudre le litige, obligent les magistrats à se servir des indications contenues soit dans une enquête, soit

dans une expertise étrangère. On estime en effet que s'il est de principe que les juges ne peuvent former leur conviction ni motiver leurs décisions sur le résultat de leurs investigations personnelles poursuivies en dehors de l'audience et en l'absence des parties, ils peuvent, sans violer les droits de la défense, se servir, à titre de renseignements, d'une expertise ordonnée même à la requête d'un tiers et à laquelle une des parties intéressées n'avait été ni appelée ni représentée, sous la condition absolue toutefois que cette expertise n'ait pas été invoquée par ce magistrat comme ayant une autorité légale dans la cause (1). Sans cela les règles sur la preuve seraient méconnues et les droits de la défense violés. Mais dès lors que la nature de la difficulté à résoudre est telle qu'il est impossible de trouver dans les documents de la cause des éclaircissements suffisants pour avoir une appréciation, nous devons reconnaître au juge le droit d'avoir recours à une mesure d'instruction, faite dans une autre instance, à titre de renseignements complémentaires, c'est-à-dire sans lui attribuer l'autorité légale qu'elle aurait eue si elle était produite dans l'instance même, les parties dûment appelées ou représentées (2). Notons que dans la pratique cette solution a été adoptée par

1. Chambre des Requêtes, 9 février 1969. D. 70. 1. 15.

2. Alger, 29 mai 1886. D. 91. 1. 413. — Req., 16 février 1898. D. 98. 1. 159. — 20 nov. 1899. D. 1900. 1. 19.

la Cour d'Agen, dans un arrêt du 5 janvier 1886 (1). Elle a décidé que les enquêtes faites dans une instance en annulation d'un testament, argué de suggestion et de captation, ne pouvaient pas sans doute faire juridiquement preuve de la suggestion et de la captation dans une nouvelle instance ayant le même objet, même entre d'autres parties, mais cependant elle a reconnu qu'il pouvait résulter de ces enquêtes des présomptions qui, jointes à d'autres, permettaient au juge de prononcer *de plano*, sans autre mesure d'instruction, la nullité du testament.

Nous devons toutefois signaler qu'en ce qui touche particulièrement les expertises, de nombreuses décisions paraissent plutôt favorables au système qui interdit au juge de tenir aucun compte des vérifications opérées en dehors de l'instance, ces dernières étant dénuées de toute force juridique.

Il est en effet de règle que les parties doivent avoir été à même de s'en expliquer dans un débat, autrement il y a violation des droits de la défense. Aussi, que penser d'une expertise qui viendrait à être invoquée contre un tiers dans une instance autre que celle pour laquelle elle a été ordonnée ? Le jugement, intervenu à la suite de cette expertise, et l'exécution qui a pu suivre sont pour ce tiers *res inter alios acta*.

1. Recueil d'Agen, 1886, p. 81.

La Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 juin 1863, a déclaré que « s'il est vrai qu'un tel rapport d'expert, d'après les motifs du jugement, ne peut être opposé en tant qu'expertise, il n'en est pas moins un renseignement que le tribunal pourra consulter au même titre que les autres documents et certificats produits, mais que cette assimilation d'une expertise irrégulière aux pièces régulièrement produites n'est pas légale ».

L'article 317 du Code de procédure civile spécifie en outre que les parties doivent être appelées aux expertises faites entre elles pour leur permettre de produire devant les experts, comme devant la justice, toutes pièces, documents et faire tous dires et réquisitions qu'elles jugent convenables. L'observation de cette règle est essentielle à la défense et si l'une des parties a été mise, soit par le juge, soit par ses adversaires, dans l'impossibilité absolue d'user de son droit, l'expertise ne lui est pas opposable. Or, l'arrêt attaqué se fondait uniquement sur ce que l'expertise déjà ordonnée avait été faite en dehors de ceux auxquels elle était opposée.

Une décision du tribunal de la Seine (1) avait déclaré qu'on ne pouvait considérer comme commun un tel document puisque l'une des parties n'avait pas concouru au choix des experts. De la lecture de

1. 2 mai 1860.

l'arrêt de la Cour de cassation (1) dont ces observations sont extraites, il ressort nettement que la solution adoptée n'est pas fondée sur l'article 1165 du Code civil qui n'est que l'énonciation de l'adage *res iner alios aca* puisqu'il a été précédemment admis qu'une expertise ordonnée d'office par les juges pour se procurer des renseignements, est opposable même aux parties qui sont intervenues dans l'instance depuis qu'elle a été ordonnée (2), à condition que la décision s'explique sur la nature et le degré d'efficacité des documents indiqués. Tout dépend donc ici, en définitive, de la conviction du juge et des moyens qui ont servi à la former. S'il déclare qu'il a vu, dans ces actes d'instruction, des renseignements utiles venant corroborer ceux déjà fournis à l'instance, il semblerait rigoureux de lui interdire d'en tenir compte surtout dans les espèces où la preuve par présomptions est admise d'une manière générale en matière commerciale (3). Mais si le tribunal se fonde uniquement sur une procédure irrégulière, comme dans l'exemple de l'arrêt du 30 juin 1863 cité ci-dessus, il ne faut pas hésiter à dire que sa décision ne sera pas valable, par cela seul que la liberté de la défense n'a pas pu s'exercer efficacement.

1. 30 juin 1863. S. 1863. 1.475.

2. Cass., 15 juillet 1861. S. 62. 1.256.

3. Cass., 3 février 1879. S. 79. 1.411.

Quelques observations sont encore nécessaires à raison de l'analogie que présentent certaines espèces avec notre arrêt et qui semblent au premier abord avoir reçu une solution contraire. Il a été jugé en effet que le garant, mis en cause devant le tribunal de commerce après la nomination d'un arbitre rapporteur et le dépôt du rapport de ce dernier, n'est pas fondé à se plaindre de n'avoir pas été appelé aux opérations de l'arbitre. Ce n'est là qu'une contradiction apparente ; il y a, en pareil cas, une très grande différence entre un rapport d'arbitre et une expertise. L'arbitre n'est appelé à donner qu'une *appréciation personnelle* sans vérifications techniques ; c'est, en résumé, un simple avis officieux que le tribunal est à même de soumettre à un contrôle. L'expert, au contraire, procède à des visites des lieux, tout à fait spéciales, dans lesquelles il est indispensable que les parties fassent entendre leurs observations. Ces vérifications, la plupart du temps, s'imposeront aux juges à raison même de leur spécialité. Il n'existe donc pas d'aussi grands inconvénients à tenir compte d'un rapport d'arbitre, à titre de renseignements, que d'une expertise dont une des parties n'a pu suivre ni contrôler les opérations. Incontestablement, le vœu de la loi est que les parties assistent à l'expertise, c'est là un effet de l'exercice du droit de la défense et des formalités prescrites par les articles 302, 311, 315, 317 et suivants du Code de

procédure civile, qui n'ont pour objet que d'assurer le respect de ce droit. Et si des dérogations ont été apportées à cette règle, c'est que le juge se trouvait dans l'un de ces cas où la nature du procès était telle qu'avec les seules pièces qui étaient produites, il lui eût été impossible d'avoir une opinion juste et éclairée. Ces cas, nous avons déjà eu l'occasion d'en parler, sont ceux de l'article 1353 du Code civil. Il n'y a là, en réalité, qu'un tempérament apporté au principe général, qui, au point de vue de la sauvegarde des intérêts de la défense, veut *a priori* qu'une mesure d'instruction de cette importance ne puisse servir de base à une condamnation contre les personnes en dehors de laquelle elle a été suivie (1).

Concluons en disant que les juges ne peuvent retenir les constatations d'une expertise, étrangère à la cause, qu'en cas d'insuffisance des documents fournis et en outre sous la condition de n'utiliser cette expertise qu'à titre de simples renseignements. On doit d'ailleurs exiger, ajoute l'arrêt de la Chambre civile de la Cour suprême (2), que le tribunal fasse connaître la nature et l'efficacité des documents sur lesquels il se fonde en dehors de cette expertise afin qu'il ressorte très clairement qu'elle n'a pas été la base unique de la solution donnée. On peut voir, en

1. Cas., 9 juillet 1900. S. 1904. 1 211. — 11 juin 1901. S. 1903. 1. 458. — 11 février 1902. S. 1902. 1. 144.

2. 30 juin 1863. D. 63. 1. 275.

ce sens, deux arrêts de la Chambre des requêtes qui admettent cette solution (1). Ces décisions nous paraissent d'autant plus admissibles qu'au cours de semblables mesures d'instruction les parties n'y auront apporté aucune critique ou plutôt que dans la suite elles y auront implicitement participé en discutant une telle expertise contradictoirement entre elles. La Cour de Cassation dans un arrêt du 23 juillet 1895 (2) vient justifier cette manière de voir en disant qu'une expertise, faite à la suite d'un jugement de première instance, peut être prise en considération si elle a été versée au débat d'appel et discutée au préalable par les parties intéressées. Le fait même de la discussion la rend commune aux deux plaideurs et autorise par cela même le juge d'appel à en faire état.

De ce que le juge peut exceptionnellement et sous certaines conditions prendre en considération une enquête ou une expertise, étrangère à la cause qui lui est soumise, nous sommes tout naturellement amenés à nous demander si, en vue d'une contestation future, on peut se servir d'une expertise ou d'une enquête, qui aura été ordonnée en cas d'urgence par le juge des référés.

L'utilité de cette mesure est parfaitement compré-

1. Req., 6 décembre 1876 et 9 janvier 1877. D. 77.1.351.

2. D. 96.1.118.

hensible pour certains faits matériels qui, s'ils n'étaient pas immédiatement constatés ne pourraient pas être prouvés plus tard. Il est donc nécessaire de les relever et si dans l'avenir il y a dommage ou préjudice quelconque, pourra-t-on invoquer l'expertise antérieurement faite sur l'ordre du juge des référés ? Une grave controverse, aujourd'hui close en jurisprudence par divers arrêts de la Cour de cassation, s'est élevée sur cette juridiction. On s'est en effet demandé si l'indépendance et le pouvoir d'appréciation des juges du fond ne recevraient pas de son admission une atteinte grave. Par contre, on s'est demandé aussi, du moment où dans certaines hypothèses les délais et les formes que le législateur a jugés nécessaires à la manifestation de la vérité judiciaire n'étaient pas jugés incompatibles avec la prompte expédition de quelques difficultés pressantes, s'il ne convenait pas de rendre cette procédure expéditive applicable à *tous les cas d'urgence sans exception*.

Avec la complication chaque jour croissante des conflits créés entre les intérêts rivaux par le développement rapide et continu des inventions industrielles et scientifiques ainsi que des puissantes sociétés financières, ces cas d'urgence se sont multipliés très rapidement. Aussi les raisons d'utilité pratique qui ont amené l'institution de la juridiction spéciale des référés ont créé de nombreuses hypothèses où des mesures d'instruction ont ainsi été prises pour

des procès qui n'étaient point encore nés ou qui ne naîtraient peut-être jamais.

Dans l'application, la jurisprudence a établi la distinction suivante : si la mesure sollicitée se rattache à un procès, dont il appartient au tribunal civil de connaître le fond, la juridiction des référés est admise sans difficultés. Il y a eu, au contraire, des divergences, lorsqu'il s'agit d'incidents, accessoires à un litige, qui, par sa nature, ressort à une autre juridiction, au tribunal de commerce, par exemple, ou au juge de paix. La Cour d'Amiens, par arrêts des 20 mai 1867 et 22 décembre 1869, a jugé que la compétence du président des référés était générale. Elle invoquait à l'appui de sa thèse la place occupée au Code de procédure civile par le titre XVI « des référés » ; or, il se trouve au titre V de l'« exécution des jugements » et non dans la première partie du livre II qui traite de la procédure devant les tribunaux civils de première instance. Ce livre V, en parlant de l'exécution des jugements, ne mentionne pas les juridictions exceptionnelles, c'est-à-dire toutes celles qui ne sont ni le tribunal civil ni la Cour d'appel et qui ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements.

Il serait en outre dangereux d'admettre que le président du tribunal, qui est par rapport au juge de paix, juge du second degré, puisse avoir une influence directe ou même indirecte sur les sentences de ce

dernier. Ce serait enchaîner l'indépendance du juge de paix et amoindrir son pouvoir d'appréciation. Aussi, aujourd'hui, est-il admis couramment que le juge des référés n'a qualité pour ordonner une expertise qu'au cas où il s'agit au fond d'une matière sur laquelle le tribunal civil est compétent pour statuer (1).

Il est donc logique de décider, par réciprocité, qu'un juge autre que le tribunal civil ne pourra pas baser sa sentence sur l'autorité exclusive d'une expertise, ordonnée en référé, même si cette expertise avait eu lieu contradictoirement et si les règles sur la preuve avaient été observées.

La conclusion pratique à tirer de ces considérations est que tout jugement qui s'appuierait pour admettre ou rejeter une demande sur les constatations d'une expertise, ainsi ordonnée en référé, pour servir devant un tribunal d'exception, manquerait de base légale et encourrait la cassation.

L'argument décisif en faveur de cette manière de voir a été mis en relief par la Cour suprême dans les termes suivants. L'article 6 du Code de procédure civile accorde au juge de paix, dans les cas qui requièrent célérité, le pouvoir d'abrégé, de supprimer même presque entièrement les délais. « C'est

1. Civil, 13 juillet 1871. D. 71. 1. 83. — 13 décembre 1872. D. 72. 1. 129. — Paris, 14 novembre 1884. D. 86. 2. 80.

cet article seul qui régit la procédure à suivre en pareil cas ; il se borne alors à permettre une abréviation de délais ; le législateur n'a pas voulu ouvrir la voie du référé, pour des contestations, qui, ressortissant aux justices de paix, peuvent être vidées immédiatement et presque sans frais par le juge du fonds (1) » :

Un autre arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation (2) déclare « qu'en droit, le juge incompetent pour statuer sur le fond d'une action, ne peut connaître en référé, des mesures, mêmes urgentes, relatives à cette action ».

Dans l'hypothèse qui a donné lieu à cet arrêt, le juge de paix du canton de Bléré s'était fondé uniquement sur les constatations et évaluations d'une enquête et d'une expertise, prescrites par une ordonnance rendue en référé le 9 avril 1885 par le président du tribunal civil de Tours. Dès lors, comme il n'appartenait pas au juge de paix de rechercher si l'ordonnance de référé avait été ou non compétemment rendue, il se trouvait avoir violé l'article 806 du Code de procédure civile qui restreint les pouvoirs du juge des référés, dans tous les cas d'urgence, à la solution des questions ayant un caractère purement provisoire, lui interdisant ainsi de statuer sur le fond même du droit du litige.

1. En ce sens Cassation, 18 décembre 1872, S. 1873.1.153.

2. 26 juillet 1887. S. 1890.1.375.

Il s'ensuit que le juge de paix ne pouvait pas accepter pour fondement unique et légal de sa décision une expertise ainsi ordonnée, car il n'était pas juge de la régularité de l'opération en elle-même, quelle que fût sa valeur intrinsèque.

Cen'est pas tout : il convient aussi de ne pas passer son silence l'article 41 du même Code de procédure qui ordonne que l'état des lieux, la valeur des dédommagements ou indemnités soient constatés et appréciés par le juge en présence des parties. La justice proteste contre toute solution qui ferait à un adversaire une condition préférable devant les Tribunaux.

Aussi, le législateur a considéré avec raison que l'administration d'une bonne justice exigeait que chaque juridiction ait des attributions nettement déterminées et parfaitement distinctes. Par conséquent, il doit en être de même pour les mesures de constat et d'instruction à prendre au cours d'une instance ou avant son introduction. La nécessité d'une séparation de compétence pour toutes les phases de la procédure est tellement évidente qu'elle a été rédigée en principe sous cette formule. « Le juge de l'action principale est seul compétent pour connaître des mesures provisoires qui s'y rattachent ». Cette formule parfaitement rationnelle a été traduite ainsi par la Cour de cassation (1). « La compétence

1. 13 juillet 1871. D. 71.1.83.

du juge des référés repose sur le même principe que celle des Tribunaux ordinaires et par conséquent dans le cas où, à raison de la matière, la connaissance de la cause appartient à une autre juridiction, son incompétence est aussi absolue sur le provisoire que sur le principal ». C'est dans ces règles que se trouvent les véritables motifs qui ont fait casser le jugement du Tribunal de paix de Bléré. Signalons dès maintenant que cette interprétation n'est pas particulière aux seules justices de paix, la doctrine tendant à admettre le même système pour les matières commerciales (1).

Un arrêt de la Cour de Paris (2) se prononce notamment et d'une façon formelle dans ce sens : « Considérant que le juge de l'action principale est seul compétent pour connaître des mesures provisoires qui s'y rattachent ; que, dans l'espèce, la contestation est d'une nature commerciale ; que, dès lors, le président du tribunal civil était incompétent... etc.. » Notons, au surplus, qu'en matière commerciale, il n'y avait aucun motif d'utilité pratique pour reconnaître ce droit au président du tribunal civil : les articles 417 du Code de procédure civile et 172 du Code de commerce ayant suffisam-

1. Rodière. *Compétence et procédure*. T. II, p. 368.

2. 12 décembre 1843.

ment pourvus au cas d'urgence. En outre, l'article 806 du Code de procédure civile est absolument muet sur la compétence du Président en matière commerciale et les dispositions des articles 417 et 439 du Code de commerce, 806 du Code de procédure civile rapprochées et combinées sont exclusives de l'existence des référés en matière commerciale.

Une exception s'impose : au cas où la juridiction compétente pour vider le fond est le tribunal civil, rien ne s'oppose plus à ce que l'expertise nécessaire pour constater la réalité, l'étendue et la cause des dégâts, soit ordonnée en référé : lorsqu'on se trouve, par exemple, dans la nécessité d'interpréter les clauses d'un bail ou de trancher des questions controversées de propriété et de servitude. Cependant une disposition restrictive s'impose. Le juge des référés peut, sans doute, sur la demande de l'une des parties qui se propose plus tard d'intenter une action, ordonner une expertise à l'effet de constater les lieux, mais on ne saurait autoriser les experts à recueillir des renseignements. Ce mode d'instruction est inutile pour les vérifications matérielles à opérer et de nature à préjuger le fond de la contestation (1).

On se demande alors si on peut, en dehors de tout procès engagé, réclamer en vue d'une contestation future une mesure d'instruction quelconque : soit

1. D. 1891. 2. 103.

une expertise, soit une enquête, de la part du tribunal ?

Les auteurs sont en général, nous dit M. Glasson, portés à autoriser ces mesures d'instruction à futur. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, il est facile d'en comprendre l'utilité. Quant à la jurisprudence, elle les interdit aux tribunaux d'arrondissement comme aux autres juridictions ; elle ne leur reconnaît pas ce droit. Mais, après avoir posé ce principe, elle tombe à propos des référés dans une série de contradictions, que les besoins de la pratique seuls peuvent expliquer. Mais alors, du moment que la jurisprudence autorise le juge des référés à ordonner une expertise à futur, il semble qu'elle devrait aussi lui permettre de prescrire, dans les cas urgents, une enquête à futur ; par exemple, si un témoin essentiel est sur le point de s'expatrier ou en danger de mort ; plus tard, lorsque le procès naîtra, il ne sera plus possible d'obtenir la déposition de ce témoin. Malgré tout, elle a toujours refusé ce droit au juge des référés. N'est-ce pas là une nouvelle contradiction ; car, à notre avis, les décisions qui autorisent l'expertise à futur n'établissent cependant pas cette distinction.

En matière commerciale où la preuve peut toujours être faite par témoins, par présomptions et par tous les moyens susceptibles de devenir les éléments réguliers d'un débat contradictoire, les juges ont le

droit d'ordonner la production d'une enquête administrative concernant les faits du litige et de faire état de cette enquête en la comprenant dans un ensemble de présomptions prises dans les divers éléments de la cause et souverainement appréciés par eux : en ce sens Cassation, 2 avril 1879 (1). C'est une nouvelle application de la règle qui permet aux tribunaux de rejeter la prétention d'une partie en se fondant sur un rapport d'expert, étranger à la cause, qui n'a été consulté qu'à titre de simples renseignements pour contrôler ceux qui ont été puisés dans les autres documents du procès (2).

Bien mieux, la Cour de Dijon a déclaré qu'un rapport d'expert, alors même qu'il a été rendu à la suite d'une décision annulée, pourra être consulté par les juges et rapproché des autres documents de la cause : « Attendu que si cette expertise, à laquelle il a été procédé ensuite d'un arrêt cassé, n'a pas pour la Cour un caractère officiel, les évaluations faites par les experts peuvent cependant être prises en considération, alors surtout qu'elles ne sont critiquées par aucune des parties et qu'elles sont confirmées par les autres documents de la cause. »

N'a-t-il pas toujours été admis, d'une façon géné-

1. D. 1880. 1. 32.

2. Req. , 9 décembre 1876. D. 77. 1. 351. — 9 janvier, 1877. D. 77. 1. 351.

rale, par la jurisprudence qu'un tribunal civil peut tenir compte des constatations, évaluations et résultats d'une expertise nulle, lorsqu'elle a eu lieu contradictoirement, fût-ce même dans une autre instance, mais sous la condition de les joindre seulement à titre de complément, aux éléments de preuve résultant de la cause et déjà suffisants par eux-mêmes pour justifier la décision à intervenir (1).

Dans les espèces où la loi autorise comme mode de preuve les présomptions en tant que d'après la nature et l'importance du procès ce moyen est légal, le juge a plein pouvoir pour consulter, à titre de renseignements, toutes les pièces étrangères au débat qui pourront l'éclairer.

Mais il paraît difficile, dans tout ce que nous venons de dire, de ne pas exiger que les modes d'instruction, employés par le juge, le soient conformément au principe général, c'est-à-dire contradictoirement. Non seulement la liberté de la défense sera alors respectée, puisque chaque partie aura été mise à même, dans l'instance, de discuter les affirmations et les arguments de son adversaire, mais encore elles auront pu, au cours des débats antérieurs, opposer aux dépositions des témoins ou aux constatations des experts, invoqués contre elles, les considérations

1. Req., 9 février 1869. D. 70. 1. 14. — 6 décembre 1876 et 9 janvier 1877. — Civ., 26 juillet 1887. D. 88. 1. 151.

qu'elles croyaient de nature à modifier l'opinion du juge.

La jurisprudence le reconnaît journellement. C'est ainsi que rien ne s'oppose à ce que des renseignements ou témoignages, recueillis au cours d'une enquête diligentée en vertu de la loi sur les accidents du travail, puissent, lorsque la demande de la victime de cet accident a été rejetée, parce que la loi du 9 avril 1898 n'était pas applicable, servir cependant au juge d'éléments de conviction dans une nouvelle instance en dommages-intérêts, formée pour le même fait en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil. Le tribunal de Montpellier, par un jugement du 7 février 1908 (1), a admis cette hypothèse pour un charretier, dont une jambe avait été écrasée par les roues de sa voiture. Une première demande en dommages-intérêts ayant été repoussée comme basée à tort sur la loi du 9 avril 1898, il la renouvela, mais cette fois en se fondant sur l'article 1382 du Code civil.

Des hypothèses analogues peuvent facilement être construites à titre d'exemple : l'enquête faite par le juge de paix constatant l'existence d'un accident qui ne réunit pas toutes les conditions exigées par la loi sur les accidents du travail et par conséquent fait repousser la demande d'indemnité journalière,

1. *Moniteur judiciaire du Midi*, 12 juillet 1908.

accordée en pareille circonstance, pourra très bien figurer dans une autre instance et être prise en considération pour l'allocation de dommages-intérêts devant un tribunal civil.

Hors les cas où le litige porte sur les faits dont il a été impossible de se procurer une preuve écrite, le juge devra toujours observer et faire respecter le principe fondamental de notre système judiciaire : la contradiction des débats et recourir aux moyens de preuve admis par la loi.

Nous terminons en recherchant brièvement si le juge peut faire état d'une enquête faite à l'étranger ? Tout dépendra encore ici de savoir si les parties en présence ont été mises à même de connaître où et devant quel juge l'enquête devait avoir lieu pour leur permettre de la contredire.

Cette première formalité remplie il est certain que la mesure d'instruction sera valable si elle est régulièrement accomplie par un juge étranger d'après les règles légales du pays, c'est-à-dire dans les formes usitées par la loi étrangère. Une convention diplomatique, entre la France et la Suisse, avait été conclue spécialement, à cet effet, le 15 juin 1869. Elle avait pour objet l'engagement des deux gouvernements à faire exécuter sur leurs territoires respectifs les commissions rogatoires décernées par les magistrats des deux pays pour l'instruction des affaires civiles et commerciales. Malgré cela la Cour de Cham-

béry, par un arrêt en date du 4 décembre 1874 (D. 75.2.96) a soutenu qu'on ne pouvait pas relever devant les tribunaux français les irrégularités de forme commises dans l'exécution de la commission rogatoire en Suisse. Ce raisonnement n'est pas à l'abri de toute critique, car les formes, si tyranniques soient-elles, ont un but important : celui de l'administration d'une bonne justice. Il faut nécessairement que l'on sache comment et par quels moyens la conviction éclairée et consciencieuse du juge, qui en est un des principaux éléments, a pu se former. Nous rencontrons donc, à nouveau, et toujours, la même idée dominante du législateur d'assurer l'indépendance absolue des parties. Il y pourvoit en exigeant la production de moyens de preuve sous des formes susceptibles d'être facilement appréciées et contrôlées par tous.

La Convention de La Haye du 14 novembre 1896 à laquelle a adhéré la France et promulguée par décret du 16 mai 1899, porte dans son article 10 que : « l'autorité judiciaire qui procède à l'exécution d'une commission rogatoire appliquera les lois de son pays en ce qui concerne les formes à suivre. » Toutefois, ajoute le même article, il sera déféré à la demande de l'autorité requérante tendant à ce qu'il soit procédé suivant une forme spéciale, même non prévue par la législation de l'Etat requis, pourvu que la forme dont il s'agit ne soit pas prohibée par cette

législation. Il n'est donc pas vrai de dire, que lorsqu'une enquête a lieu à l'étranger sur commission rogatoire d'un juge français on doit observer toutes les prescriptions de la loi française qui sont, chez nous, la sauvegarde des droits des parties (1).

Il ressort de ce qui précède que chaque fois qu'il apparaîtra au juge que les droits de la défense ont été respectés, il pourra se référer à une enquête faite à l'étranger ou à des constatations contenues dans un jugement d'une autre souveraineté que la nôtre

La Cour de Paris a admis, dans un arrêt du 7 décembre 1885, (deuxième Chambre), que rien ne s'opposait à ce que la Cour retient comme éléments de sa décision les constatations de fait que contenait un jugement américain, rendu à New-York le 30 novembre 1880. L'arrêt ajoutait très explicitement qu'il ne se fondait pas entièrement sur ce jugement mais bien sur l'ensemble des documents qui avaient été produits durant le procès.

En résumé, la question de l'introduction, dans un nouveau litige, d'une pièce d'instruction appartenant à un procès civil antérieur ne pourra être soulevée que lorsqu'il s'agira de documents communs ou bien lorsque, dans la nouvelle contestation, la preuve testimoniale étant admissible, le juge sera autorisé à rechercher des renseignements complémentaires

1. Dijon, 9 décembre 1902. D. 1905. 2. 237.

dans une mesure d'instruction autre que celle qui a été suivie devant lui.

Nous avons dit que les cas où le juge prend connaissance par lui-même des faits à vérifier doivent être assez limités ; car si on reconnaissait au juge le droit d'introduire un document ayant servi dans une instance antérieure, presque toujours les faits ainsi établis s'étant passés en dehors de l'enceinte où siège le juge, cela équivaldrait à lui permettre de prononcer en se basant sur des présomptions puisées dans ces pièces.

Il résulte de tout ce qui précède que le juge ne peut en principe former sa conviction que d'après les documents versés au débat par les parties. Il n'a pas la faculté de rechercher la preuve de leurs prétentions dans une instance antérieure. Toutefois ce principe semble comporter une certaine atténuation. Le juge aurait la faculté de se reporter à des pièces concernant un litige antérieur de *même nature*, pourvu qu'elles aient été l'objet d'un examen contradictoire entre les parties engagées dans le débat actuel. Notre règle ne reçoit pas ici à proprement parler une véritable dérogation parce que, dans des hypothèses de ce genre, la pièce dont il s'agit aura été versée au dossier sur l'initiative de l'une des parties.

La jurisprudence, en réalité, s'en tient le plus possible à la règle que le juge ne peut utiliser pour sa

décision les pièces qui auraient pu servir de preuves dans une autre instance parce qu'il y a une intime connexité, une liaison étroite entre la preuve d'une prétention et cette prétention elle-même. Or, les parties étant maîtresses de la mesure dans laquelle elles doivent soutenir leurs intérêts, de la délimitation ou au contraire de l'extension qu'elles peuvent apporter à leur demande, le juge viendrait gêner l'exercice de cette faculté des justiciables, s'il possédait indirectement la latitude de modifier en le restreignant ou en l'élargissant le terrain du débat (1).

Cette règle si équitable ne serait évidemment pas violée si les pièces, de nature à former la conviction du juge et se rattachant à une procédure antérieure, étaient invoquées d'un commun accord par les parties en cause à la condition, bien entendu, qu'aucune atteinte ne résulte de là à l'autorité de la chose jugée. En effet, les droits de chaque plaideur se trouvent toujours également protégés : il y a eu discussion contradictoire et possibilité pour chacun d'eux de combattre la demande de l'autre. Nous venons de voir comment, en s'appuyant sur la règle stricte que le juge ne peut pas plus rassembler les preuves que formuler les prétentions des parties, la jurisprudence a décidé que le juge civil n'avait pas qualité pour introduire dans un débat civil une pièce quel-

1. Cass., 6 février 1867. S. 67. 1. 109.

conque dépendant d'un procès antérieur. Nous allons voir dans le chapitre suivant que le principe de la neutralité du juge ne semble nullement mis en échec lorsque le procès antérieur auquel il s'agit d'emprunter un document probatoire s'est élevé devant la juridiction répressive.

CHAPITRE III

La mesure d'instruction a figuré antérieurement dans une procédure de répression

On sait que l'office du juge n'est pas le même en matière civile qu'en matière de répression. La raison en est que les intérêts, sur lesquels il est appelé à statuer, diffèrent essentiellement par leur nature dans l'un ou l'autre cas.

En matière civile, une contestation ne peut, en général, que se rattacher à des intérêts purement privés. Or, ces intérêts n'ont tout au moins aucune influence directe sur l'ordre public et chaque personne, avons-nous dit précédemment, demeure maîtresse d'user de ces droits comme elle l'entend, de les faire valoir ou y renoncer à son gré. En conséquence, nous avons admis que le juge ne pouvait pas intervenir d'office dans les discussions qui s'élèvent au sujet de la contestation des droits privés et de l'admission de leurs preuves.

En matière pénale, au contraire, le pouvoir du juge est plus étendu, car le but poursuivi par toute

procédure de répression est de protéger la société en général. Il y a donc une différence très grande entre les affaires civiles et les affaires répressives et il serait téméraire de ne pas reconnaître que cette différence, quant au but poursuivi, entre les deux juridictions chargées d'en connaître, a aussi une conséquence directe, quant aux moyens de preuve employés pour former la conviction du juge ainsi que sur la part plus ou moins active que celui-ci peut prendre dans l'instruction des affaires.

En matière civile, c'est aux parties principalement qu'incombe la charge de réunir les preuves et les documents pouvant éclairer le juge.

En matière criminelle, il n'en est plus de même, le juge ne restant pas entièrement étranger à l'instruction. Celle-ci n'est plus l'œuvre de la partie intéressée, mais celle d'un magistrat chargé, au nom de l'ordre public, de la mission de réunir tous les éléments de preuve qui pourront éclairer les débats. C'est au juge d'instruction en effet de procéder d'office aux actes d'investigation et de rechercher par lui-même les éléments de preuve qui doivent éclairer les débats.

En outre, en matière correctionnelle ou de police, à défaut de procès-verbaux réguliers, les juges ont, comme les jurés en matière criminelle, quant à la preuve des délits et contraventions, une latitude d'appréciation illimitée et l'usage qu'ils en font

échappe à la Cour de Cassation. (Cass., 18 février 1892, S. 92. 1. 175, 4 août 1893, S. 94. 1. 111).

Au surplus, en cette matière, la loi a envisagé que la procédure suivie devant ce magistrat devait être secrète pour mieux parvenir à la découverte de la vérité, et c'est encore là le caractère de tous les actes antérieurs à l'ordonnance qui dessaisit le juge d'instruction, même depuis la loi du 8 décembre 1897, qui exige la présence du défenseur de l'inculpé.

Il semble donc que lorsque des faits d'une cause civile se rattachent ainsi à une mesure d'instruction, suivie antérieurement devant le juge de répression, le tribunal pourra la prendre en considération, d'autant plus que nous ne nous trouvons placés devant aucun texte de loi qui autorise ou prohibe cette faculté. Il n'y a par conséquent rien de paradoxal à affirmer comme l'a fait d'ailleurs la Chambre des requêtes, le 18 mai 1840 (1), que si, en droit, nulle loi ne défend aux juges de puiser des éléments de conviction dans les éléments d'une procédure, nulle loi ne leur en impose non plus l'obligation. Cependant, si nous nous souvenons que le juge civil n'a pas à rechercher personnellement la preuve des faits qui lui sont soumis (2), nous ne devons pas logiquement lui permettre d'aller puiser les éléments de sa conviction

1. S. 1840. 1. 640.

2. Limoges, 14 mars 1894, S. 97. 2. 49.

dans une information qui ne s'est pas déroulée devant lui et qui, le plus souvent, a eu lieu en l'absence d'une des deux parties en présence. D'autre part, les formalités légales qui entourent la preuve précise en matière civile ne sont plus les mêmes en matière criminelle. Enfin, la personne qui a fait l'objet d'une information, qui a pu ne pas aboutir à une poursuite devant un tribunal criminel au sens général du mot, peut avoir le plus grand intérêt à ce qu'il ne soit rien divulgué de cette information malgré elle. Que deviendrait donc la latitude pour les parties de prouver les faits comme elles les avancent et le règle *Ne inauditus condemnetur*, puisqu'en effet la partie ainsi condamnée aurait été placée dans l'impossibilité absolue de discuter l'opinion du juge et d'en démontrer peut-être l'erreur ou l'injustice ?

On comprend que si le juge avait ce pouvoir d'ordonner la communication ou la délivrance d'une pièce ou d'une copie de cette pièce déposée au greffe d'un tribunal répressif, ce serait contraindre la juridiction criminelle à livrer aux juges civils des actes d'informations non encore terminées, ou qui n'étant suspendues que par une ordonnance de non-lieu peuvent être reprises postérieurement. Il en découlerait non seulement une publicité prématurée ; mais une controverse devant des juges étrangers à l'affaire criminelle qu'ils concernent. Enfin plus tard

en cas de mise en accusation, ces actes n'arriveraient devant les tribunaux correctionnels ou devant les cours d'assises qu'après avoir subi une discussion et un préjugé préalables de juges incompétents sur l'affaire criminelle. Le juge civil qui s'arrogerait ainsi le droit de puiser pour un procès civil, des éléments de preuve dans les pièces d'une procédure de répression, restée encore à l'état d'instruction secrète et de livrer ces pièces à la publicité, même par l'intermédiaire d'une enquête et d'une contre-enquête civile, commettrait un excès de pouvoir et violerait les principes de notre législation criminelle (1).

En conséquence la faculté de se faire délivrer expédition des pièces d'une telle procédure ne peut être considérée comme étant de droit commun.

Ainsi dans une contestation civile, soulevée devant le tribunal de Péronne, l'une des parties ayant intérêt à prouver que certains immeubles avaient été vendus par sous seings privé à une tierce personne, demanda à établir tant par titres que par témoins la réalité de cette vente. Entre autres moyens de preuve, elle articulait que son adversaire avait avoué lui-même l'existence de la vente dans une instruction criminelle où il avait été entendu comme témoin. Elle concluait à ce qu'il lui fût permis de lever expédition des procès-verbaux de cet

1. Procureur général Dupin, 17 juin 1834. S. 1834. 1. 629.

interrogatoire ainsi que des autres dépositions. Le jugement du tribunal civil de Péronne en date du 16 juin 1833 (D. 34. 1. 630) avait accueilli cette demande, tout en réservant la preuve contraire et autorisé les parties « à se faire délivrer, au greffe du tribunal de première instance de Compiègne, expéditions des procès-verbaux d'information faits à Ham par suite de commission rogatoire ».

La procédure criminelle, dans laquelle le tribunal de première instance de Péronne s'est cru ainsi autorisé à ordonner un compulsoire, était une poursuite pour tentative d'assassinat qui n'avait reçu aucune solution définitive. Ce tribunal, en s'arrogeant le droit de puiser, pour un procès civil, des éléments de preuve dans les pièces d'une procédure criminelle, commettait un excès de pouvoir et violait le principe du secret de notre législation criminelle.

Mais il n'y aurait aucun obstacle à ce que l'une des parties obtint du procureur général la communication d'une telle procédure toutes les fois que l'ordre public n'y serait pas intéressé. En ce cas, le tribunal de Béziers (1) a admis que ce magistrat était seul juge du point de savoir si des pièces, provenant d'une information non suivie ni d'une ordonnance de renvoi, ni d'une ordonnance de non lieu, pouvaient

1. 3 mars 1898. *Gaz. Pal.* 1898. 1. 741.

sans inconvénient être divulguées et versées aux procès civils.

Cette communication est, ainsi que nous le constatons, facultative. On peut même aller jusqu'à dire que, toutes les fois qu'elle n'est pas dangereuse, elle doit être prescrite « car si cette mesure n'est pas commandée par la loi, elle est commandée par l'équité » (1).

Rappelons ici que le secret de la procédure de répression n'est qu'un moyen pour parvenir à la découverte de la vérité. Il était donc très utile de reconnaître au procureur le droit d'autoriser la production d'une pièce, toutes les fois qu'il jugera que cette communication n'aura plus rien de désavantageux pour la manifestation de la vérité. A lui seul et non au juge revient donc le devoir d'apprécier l'opportunité d'une telle mesure, car il doit y avoir de la part du ministère public un examen très approfondi des inconvénients attachés à la révélation d'une instruction qui est, de part sa nature, secrète, provisoire et non contradictoire. Toutes ces raisons nous font douter de la règle émise que les juges civils peuvent sans excès de pouvoir puiser des éléments de conviction dans les faits établis par une procédure répressive, même si cette procédure était, comme

1. Faustin Hélie, *loc. cit.*

nous allons l'examiner terminée par une ordonnance de non-lieu.

Tout d'abord, la circonstance relevée, que les faits à prouver étaient reconnus constants par les parties, enlève presque toute valeur doctrinale à ce principe. Mais en est-il encore de même lorsque les faits sont contestés ?

Nous avons dit que les juges ne devaient former leur conviction que sur des éléments de preuve admis par la loi et suivant les formes d'instruction qu'elle prescrit (1). Ce point étant unanimement admis en jurisprudence, ne serait-il pas téméraire puisque les particuliers n'ont pas le droit de se faire communiquer les dossiers de la justice répressive, de le permettre au tribunal ? Et puis, la loi civile a réglé la manière dont s'établissent les preuves, en particuliers la preuve testimoniale. (C. P. C. art. 252 et suiv. et 407). Tout a lieu contradictoirement entre les parties et les témoins peuvent être reprochés. Que deviendraient ces garanties si les juges pouvaient former leur conviction sur des interrogatoires faits hors la présence des intéressés comme il en est de ceux faits en matière répressive.

Ces considérations furent invoquées par la jurisprudence et entre autres décisions un arrêt de la Cour

1. Cassat. 22 février 1897. D. 98. 1. 114. — 29 juillet 1903. D. 1903. 1. 448.

de Bordeaux déclare très nettement que, même en matière de faux, on ne saurait puiser dans une procédure criminelle, lorsqu'*une partie du procès civil n'y a pas figuré*, une de ces preuves formelles dont la loi règle les conditions, détermine l'autorité et la valeur.

Mais cette prohibition est-elle absolue ? N'y a-t-il pas des espèces où le juge civil sera admis à prendre connaissance des pièces d'une procédure de répression, même terminée par une ordonnance de non-lieu ? A la lecture de certains arrêts, il semble qu'on puisse lui accorder et reconnaître ce droit. Mais il faut avoir soin de préciser dans quelles limites la jurisprudence a entendu qu'il s'exerçât. En effet, quand une pièce d'une semblable procédure est communiquée au juge civil indépendamment de sa volonté, c'est-à-dire portée à sa connaissance par un moyen quelconque, il pourra la consulter sans commettre un excès de pouvoir puisque les droits de la défense seront sauvegardés, aucune critique de la part des plaideurs n'ayant été soulevée lors de la production. A plus forte raison, le juge civil jouira-t-il de cette faculté si les pièces en question concernent des faits reconnus et non contestés par les parties (1).

On objecterait en vain que le secret qui préside

1. Ch. des req., 15 juillet 1878. D. 79. 1.122.

aux procédures de répression est un obstacle à ce que le juge civil prenne en considération des faits qui lui sont soumis et qui peuvent avoir une importance réelle quant à sa décision. Sur quels motifs ou sur quels arguments s'appuierait-on pour soupçonner ce dernier d'avoir transgressé le principe du secret de notre législation répressive ?

Ce que la loi a voulu et exigé c'est qu'il ne recherche pas *lui-même* des moyens de preuve dans des pièces qu'un plaideur a souvent le plus grand intérêt à ne pas divulguer.

Mais si le justiciable, intéressé au secret d'une telle pièce, ne donne pas son consentement à sa divulgation ou s'oppose même à cette mesure, nous devons refuser au juge civil en règle générale, le droit de faire état d'un tel document ou d'en ordonner la communication (1). La Cour de Grenoble, par un arrêt du 5 juin 1888, n'a pas hésité à confirmer cette opinion. Dans l'espèce, il s'agissait d'une information ouverte à la suite d'un incendie qui avait détruit divers immeubles et qu'on attribuait à une cause volontaire. Cette information toutefois se termina par un non-lieu. La personne qui en avait été l'objet assigna alors la Compagnie d'assurances devant le tribunal civil de Valence en paiement d'une indemnité du sinistre. La demande fut rejetée, d'où appel,

1. Grenoble, 5 juin 1888.

mais alors, au cours des débats devant les juges du second degré, elle demanda incidemment que le ministère public fût tenu de lui communiquer les pièces de l'information suivie contre elle à l'origine. De son côté, la Compagnie défenderesse avait fait toute réserve à cette production. Aussi, la Cour de Grenoble rejeta cette prétention de l'appelant en se basant justement sur le secret de la procédure qui avait été à l'origine ouverte contre lui. En autorisant la communication d'une telle procédure les juges d'appel auraient violé les droits de la défense puisque la partie adverse s'y opposait. En outre d'après ce que nous avons dit ci-dessus, c'était au Procureur général à autoriser cette communication. Ces deux conditions réunies, il nous semble que les juges auraient pu faire état de cette instruction pour en tirer des éléments de preuves, d'autant plus que le principal intéressé le demandait.

Mais en est-il de même lorsque la partie contre laquelle l'instruction a été suivie donne son consentement à la production du dossier de cette procédure ? Il semble que la régularité de la communication autorise le juge à y puiser des éléments de conviction, si nous examinons les considérants d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 29 juillet 1903. Un jugement du tribunal civil de Mauriac, en date du 30 mai 1901, s'était fondé pour ordonner la restitution d'un billet dont la propriété

avait été transmise par une simple cession du titre, sur une instruction criminelle, non produite par les parties et qui n'avait fait l'objet d'aucun débat contradictoire. Sur le moyen unique, pris de la violation des articles 1315-1316 du Code civil et 77 du Code de procédure civile ainsi que de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, la Cour de cassation cassa le jugement : « Attendu qu'il ne résulte pas des motifs, non plus que des qualités du jugement attaqué, que cette procédure ait été communiquée aux juges du *consentement de la partie* qui avait intérêt à la tenir secrète ; il suit qu'en la prenant pour base de sa décision, le tribunal a méconnu les droits de la défense » (1). N'est-ce point là interdire au juge de rechercher lui-même les preuves dans une semblable procédure et lui défendre d'ordonner la communication d'une pièce appartenant à une procédure de répression. Le secret de la procédure étant absolu, tant qu'il n'y a pas eu de mise en accusation, il s'oppose évidemment à ce qu'une juridiction quelconque en prenne connaissance et s'en approprie les résultats.

A l'appui de cette thèse nous citerons un dernier exemple de cette défense faite au juge de rechercher la preuve dans les éléments d'une instruction criminelle. Une personne, préposée comme dépositaire des pétroles d'une raffinerie de Paris, avait été, ainsi

1. 29 juillet 1903. S. 1903. 1. 504.

qu'un épicier, pour complicité, l'objet d'une plainte du directeur de cette raffinerie pour malversations. Le préposé, qui avait pris la fuite, fut condamné par le tribunal de Chinon jugeant correctionnellement à l'emprisonnement par défaut. Quant à l'épicier, il fut l'objet d'une ordonnance de non-lieu. La direction introduit alors une action en dommages-intérêts devant le tribunal civil de Chinon à la fois contre le préposé et contre l'épicier. Ce dernier, par conclusions déposées à l'audience, s'opposa à ce que le dossier de la procédure correctionnelle fût versé au débat. Les juges passèrent outre et prirent néanmoins communication de cette procédure au cours de leur délibéré, en mentionnant qu'il leur appartenait de puiser dans le dossier correctionnel tous les renseignements utiles à la solution qui leur était demandée. Mais, la Cour d'appel d'Orléans, sur l'appel interjeté, déclara que c'était à tort que les juges de première instance s'étaient appuyés pour statuer, sur le dossier de la procédure correctionnelle sans le consentement des parties.

Il est donc très prudent de dire que la justice civile ne peut pas se faire ouvrir les greffes de la justice criminelle lorsque l'instruction est restée secrète, comme l'est de par la loi toute instruction préparatoire et qu'il s'agit pour le juge de l'admission d'une des preuves qui ne peut être administrée que suivant les

formes voulues par elle (1). Or, tant qu'il n'y a pas eu encore arrêt de mise en accusation, les procédures répressives sont essentiellement secrètes.

Nous ajouterons seulement que si l'instruction, qui a eu lieu ainsi devant le juge d'instruction, a abouti à des débats publics ou à une condamnation, rien ne paraît s'opposer à ce que toute personne intéressée ait le droit d'invoquer cette procédure devenue dès lors publique. La publicité de l'audience, ouvre à tout le monde le droit de se prévaloir des témoignages ou documents qui ont été produits. Il n'existe plus alors les inconvénients de la révélation d'une procédure secrète. Ensuite, les parties intéressées ont la faculté de la contredire surtout si le juge ne s'est pas mis en contradiction avec le principe qui lui interdit de rechercher une preuve quelconque à leur insu.

Nous déciderions de même au cas où les débats publics auraient abouti à un acquittement ou à un renvoi, mais toujours seulement dans les espèces où la loi laisse un plus grand pouvoir d'appréciation au juge civil pour former sa conviction, toutefois sous certaines restrictions (2).

Il est, en effet, tout naturel que dans les procès civils où l'article 1353 trouve son application, c'est-à-

1. Cassation, 15 juillet 1878. S. 79.1.393.

2. Agen, 14 janvier, 1851. S. 51.2.781.

dire dans les cas où le magistrat n'est pas tenu d'incliner son jugement devant un système de preuves précises, ce dernier puisse fonder sa conviction sur des présomptions dont la valeur n'a pas été déterminée par la loi. Tout reste ici abandonné à ses lumières et à sa prudence et cependant lorsque la nature du fait contesté comporte que le juge puisse se contenter de simples présomptions, faut-il encore que celles-ci soient, comme le dit la loi, graves, précises et concordantes. Lorsqu'il en est ainsi, il faut bien le reconnaître, le pouvoir du magistrat est illimité, quant à l'appréciation de la valeur des présomptions de fait.

Le juge pourra alors puiser les éléments de sa conviction dans une procédure criminelle, à la condition toujours que cette instruction soit régulièrement communiquée aux parties en présence. « Considérant, dit la Cour de Paris (1), que l'article 1353 du Code civil abandonne l'appréciation de ces présomptions à la prudence du juge ; que celui-ci peut les puiser dans des documents pris en dehors de l'instance elle-même, notamment dans une instruction criminelle ou un procès-verbal, dressé par un commissaire de police, pourvu que ces documents aient été contradictoirement discutés à l'audience. »

Cette opinion a été formellement admise par la

1. Quatrième Chambre, 15 mai 1896. D. 97.1.415.

Cour de Cassation qui a décidé que, dans les espèces où le juge est autorisé par la loi à recourir à des présomptions, il lui appartient d'en constater l'existence et d'en apprécier souverainement le caractère probant (1). Il est, en effet, de toute évidence que dans l'appréciation de pareils faits, où il est impossible de recourir à des moyens de preuve administrés légalement, le juge peut et doit les apprécier suivant les indices qu'il peut découvrir. Il serait enfin déraisonnable et contraire à tout procédé de recherche, employé dans les autres branches des sciences, d'obliger un magistrat à se déterminer d'après une longue involution de la procédure alors qu'il trouve dans une information déjà instruite, concernant le fait même qui est le nœud du procès, tous les éléments propres à compléter sa conviction.

Les magistrats ont donc le droit de rechercher dans une procédure criminelle les éléments de leur conviction, lorsque la cause qui leur est soumise admet les présomptions. Cela se produit toutes les fois que la preuve testimoniale est admissible et qu'il a été impossible par exemple de se procurer une preuve par écrit du fait contesté. Ils conserveront ce droit même si la procédure en question, régulièrement faite, a été terminée par une ordonnance de non-lieu : « attendu que l'admissibilité de la preuve indirecte, lisons-

1. Cass. civ., 2 mai 1900. D. 1900. 1. 363.

nous dans un jugement, telle qu'elle est autorisée par les dispositions de l'article 1353 du Code civil permet même au magistrat de se décider sur de simples conjectures, sur des probabilités que les dépositions des témoins ou les diverses circonstances de la cause peuvent faire naître dans son esprit ; qu'en un mot, le magistrat lorsqu'il peut se déterminer par des présomptions agit comme juré, et son appréciation des faits qui lui sont déférés, ne rencontre d'autres limites que celles de sa conscience » (1).

Le tribunal de Nice admettait comme conséquence de ce qu'il était impossible de se procurer à l'avance, la preuve des faits litigieux, la possibilité de la puiser dans toute espèce de documents, même dans des pièces n'ayant qu'un caractère absolument privé, telle que des registres ou papiers de famille ; à plus forte raison pouvait-il la puiser dans une enquête consignée dans une procédure de non-lieu, toute latitude lui étant laissée relativement à l'appréciation des caractères de ces présomptions.

Quelques arrêts d'une date ancienne ont décidé cependant que les dépositions de témoins, recueillies dans une procédure criminelle, ne peuvent servir de base au jugement sur l'action civile formée à raison

1. Trib. civ. de Nice, 25 août 1873 (D. 1875. 2. 52) confirmé C. d'appel d'Aix, 4 mai 1874.

du même fait (1). « Considérant, disent ces arrêts, que les lois ont établi des règles, différentes pour l'audition des témoins en matière civile et criminelle ; qu'ainsi on ne peut baser une décision au civil, sur les déclarations des témoins entendus au criminel, sans violer les lois relatives à l'audition des témoins en matière civile. »

Mais la jurisprudence tant de la Cour suprême que des Cours d'appel s'est établie, depuis, dans le sens contraire. Il faut penser, en effet, que toutes les fois qu'en matière civile où une voie d'instruction comme l'enquête n'est point indispensable ni rigoureusement exigée par la loi, les juges civils peuvent baser leur jugement sur tous les actes d'instructions étrangers au procès, dressés soit en matière criminelle, soit en matière civile, pourvu toutefois que ces actes aient une existence légale c'est-à-dire qu'ils ne soient pas frappés de nullité ou de péremption. Ils ne s'ensuit pas nécessairement que ces actes puissent être regardés dans la nouvelle instance où on les représente comme des actes d'instruction régulièrement accomplis, mais ils peuvent servir de renseignements et d'indices.

La Cour de Rouen, le 20 février 1867 (2), avait

1. Rennes, 12 juillet 1811. S. et P. chronolog. Colmar, 23 juillet 1811. S. et P. chronol. Toulouse, 30 avril 1821. S. et P. chronol.

2. S. 67. 2. 215.

déclaré de même, que les présomptions, dans les cas où cette preuve était admissible pouvaient être puisées par les juges dans des procédures criminelles ou correctionnelles. La même doctrine paraît résulter également de deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 15 juillet 1878 (1), l'autre du 3 janvier 1888 (2). Mais, dans ces deux derniers arrêts, il faut observer cette circonstance, qui a été expressément relevée dans le premier, qu'en dehors des présomptions prises dans l'information, les faits à prouver étaient « reconnus constants par les parties », ce qui enlève, avons-nous dit précédemment, tout intérêt à notre question.

Quant au second, il est constaté d'une part que la production des pièces de l'information avait eu lieu « en vertu d'une communication non critiquée » et que, d'autre part, la décision était justifiée par d'autres considérations prises absolument en dehors des pièces de ladite information.

Les décisions ci-dessus rapportées, celles des Cours de Rouen et d'Aix, supposaient que la procédure d'instruction avait été divulguée aux parties à la suite d'une circonstance quelconque. Mais la jurisprudence a reconnu, dans les termes les plus explicites, aux magistrats civils, saisis d'une action en dom-

1. S. 79. 1 393.

2. *Gaz. Pal.*, 1888. 1. 647.

gages-intérêts basée sur un fait d'abord poursuivi comme crime et réduit dans l'instance civile aux proportions d'un simple quasi-délit, le droit de puiser dans les documents de l'instruction répressive, des présomptions qui sont admissibles en matière d'obligations naissant de délits et de quasi-délits, article 1353 du Code civil. « Attendu, dit la Cour de cassation (1), qu'aux termes de l'article 1348 du Code civil, les obligations qui naissent des délits et des quasi-délits peuvent se prouver par témoins, comme toutes celles dont le créancier n'a pu se procurer la preuve écrite. Attendu que l'article 1353 du même Code autorise les tribunaux à admettre les présomptions pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, toutes les fois que la preuve testimoniale est admissible ; qu'il abandonne l'appréciation de ces présomptions à la conscience du juge ; qu'elles peuvent résulter pour lui des documents d'une procédure criminelle, et qu'aucune loi ne lui interdit de puiser dans ces documents, à l'occasion d'une instance civile, les éléments de sa conviction ».

Le juge du fait jouit donc d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'existence du préjudice dont réparation lui est demandée, chaque fois que les parties n'établissent nullement que la défense ait

1. Ch. des req., 31 janvier 1859, D. 59. 1. 439.

été entravée, notamment en ce qui concerne la discussion des éléments de conviction empruntée à la procédure suivie contre l'une d'elles (1).

Mais quelles sont les limites du pouvoir d'appréciation du juge du fait en matière de responsabilité ? Certains arrêts semblent lui reconnaître une omnipotence absolue. Ainsi, on lit dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 novembre 1860 (2) « que la loi ne définit pas et ne pouvait définir les fautes de nature à engager vis-à-vis du tiers la responsabilité de ceux qui les ont commises, et qu'elle en laisse ainsi l'appréciation à la sagesse et à la conscience du juge, dont les décisions échappent, sous ce rapport, à toute censure ». Mais c'est là une indication trop vague, trop générale et trop contradictoire pour donner à la pratique des indications sûres. Elle ne distingue pas, en matière de responsabilité, les questions de faits tant matériels qu'intentionnels, des questions de droit qui peuvent être soulevées à propos de ces faits pour savoir s'ils constituent une faute ou un cas de responsabilité présentant les caractères juridiques de la faute prévue par les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Il vaut donc mieux dire avec M. Sourdat que « les

1. Ch. des req., 9 janvier 1882. D. 82. 1. 117. — Amiens, 16 nov. 1898. *J. aud. d'Amiens*, 1898, p. 177. — Paris, 3 juin 1897. *Gaz. Pal.*, 1898. 1. 20.

2. D. 61. 1. 339.

tribunaux décident souverainement sur tout ce qui se rattache à l'existence des faits matériels et à l'intention des parties lorsqu'il s'agit seulement de déterminer les faits constitutifs du délit ou de la faute en général. Quant aux conséquences de la faute, elles rentrent dans les attributions de la Cour de cassation. »

Il est sans difficulté que, lorsque la preuve testimoniale est légalement admissible, le juge ait un pouvoir discrétionnaire pour l'autoriser ou la rejeter en fait, suivant que cette mesure lui apparaît comme pouvant être ou non efficace d'après les circonstances de la cause. C'est alors sur les présomptions dites « purement humaines » qu'il se fonde ; et, comme leur appréciation lui appartient sans contrôle, il est constamment reconnu qu'il peut la rechercher dans une procédure criminelle. C'est ainsi que la Cour d'Agen a admis la validité des motifs d'un jugement du tribunal civil de Condom, qui se fondait sur les dépositions de témoins faites devant le juge d'instruction. « Attendu, disait cet arrêt, qu'il s'agit dans la cause de rechercher les circonstances et le caractère du fait qui a occasionné l'incendie du magasin. Attendu que la juridiction civile peut éclairer ce fait à l'aide de tous les renseignements qui lui paraissent dignes de sa confiance, et que rien ne s'oppose à ce qu'elle admette, si elle les juge utiles, ceux qui ont été recueillis dans l'instruction

d'une affaire criminelle. — Ordonne qu'il sera donné lecture des dépositions faites devant le juge d'instruction du tribunal de Condom sauf à y avoir tel égard que de raison (1). »

Ainsi, dans toutes les matières dans lesquelles la loi autorise toute espèce de preuves comme en matière de dol et de fraude, où ces faits, après avoir été l'objet d'une plainte en police correctionnelle sont reproduits de nouveau devant un tribunal civil comme fondement d'une action en dommages-intérêts, les juges civils peuvent, en se fondant uniquement sur l'instruction qui a eu lieu en police correctionnelle, rejeter la preuve offerte de ces faits et déclarer l'action mal fondée en ce qu'ils auraient déjà été reconnus faux lors de cette instruction (2).

Il n'est pas douteux que la fraude ou le dol sont de simples faits dont on ne peut exiger qu'il soit représenté une preuve écrite. La preuve testimoniale et par présomption est toujours admissible (3).

Mais, dans toutes ces espèces, il est de toute nécessité que les pièces de la procédure répressive, ainsi prise en considération par les juges, aient été communiquées régulièrement aux parties et que celles-ci aient

1. 14 juillet 1851. D. 51. 2. 49. — Rouen, 12 juillet 1827. D. 30. 1. 53.

2. Req. 27 janvier 1830. S. 1830. 1. 438.

3. 29 novembre 1828, t. XXX, 1, 71. — Cass., 27 janvier 1830, t. XXX, 1, 72.

été à même de s'en expliquer dans un débat public ; autrement il y aurait violation des droits de la défense et nullité de la décision rendue (1).

Ces conditions étant remplies, rien ne s'oppose plus, ainsi qu'il a été dit dans l'arrêt de la Cour d'Angen précité, à ce que les juges ne puissent dans une affaire civile, puiser des preuves à l'appui de leur décision dans les témoignages d'une instruction criminelle ? C'est la solution implicite d'un arrêt de la Cour de Lyon du 17 mars 1899 (2) qui ne refuse pas ce droit lorsque la procédure n'a pas été communiquée aux parties en cause (3). Ainsi, en matière d'assurances, les constatations de fait, établies par une poursuite correctionnelle contre un assuré prévenu d'avoir tenté d'obtenir une indemnité supérieure à la valeur des objets détruits, en dissimulant les objets sauvés, peuvent servir de base à la décision du juge civil qui se les approprie pour en faire découler, conformément à la police, la déchéance de l'assuré de tout droit à indemnité (4).

La Cour de Bordeaux a été même jusqu'à reconnaître au juge civil le droit de fortifier et de compléter les présomptions de faux, tirées de l'examen de l'état matériel d'un acte, par le renseignement fourni par une

1. 22 février 1897. D. 98.1.114.

2. *Mon. Lyon*, 10 juin 1899.

3. Cass., 22 juin 1897. S. 97.1.327.

4. Cass., 27 mai, 1893. S. 94.1.279.

procédure criminelle dirigée contre un notaire à raison de ce faux qu'il s'agissait de vérifier : « Attendu... qu'à l'égard de présomptions simples et purement humaines que l'article 1353 du Code civil abandonne aux lumières et à la prudence du magistrat, le champ de ses investigations n'est pas borné ; qu'il lui est permis et qu'il lui arrive fréquemment d'emprunter des éclaircissements et des lumières à des actes étrangers aux parties ou à l'une d'elles ; qu'il suffit qu'ils présentent les caractères de la vérité et qu'ils aient, avec le fait à vérifier, une liaison assez directe pour que le juge puisse en tirer des inductions légitimes. »

Enfin, la loi du 10 vendémiaire an IV dans son article 4 du titre 5 dit que les dommages-intérêts dont les communes sont tenues à raison des délits commis sur leur territoire par des groupements ou des rassemblements, sont fixés par le tribunal sur le vu des procès-verbaux et autres pièces constatant les voies de fait, excès et délits. La Cour d'Orléans dans son arrêt du 14 août 1851 (1) a fait l'application de cette règle en recherchant ces éléments de preuve dans les pièces d'une instruction criminelle dirigée contre les auteurs du pillage commis à Sury le 17 mars 1847.

Ainsi, en principe, dans les matières où la preuve testimoniale et les présomptions sont admissibles

1. Orléans, S. 1851. 2.772.

les juges civils pourront puiser la preuve des faits litigieux dans une procédure criminelle ou correctionnelle, à la condition que les parties aient eu connaissance de cette procédure et aient été à même de s'en expliquer dans un débat public et contradictoire.

Il semble donc que dans les cas où les présomptions sont admissibles, le juge a un pouvoir illimité, qui lui permet de rechercher personnellement les renseignements complémentaires dont il a besoin dans les greffes des tribunaux répressifs. Il y aurait ainsi, dans toutes ces espèces, une exception au principe qui commande au juge de rester neutre dans les contestations civiles qui lui sont soumises, car il statuerait sur des pièces d'une procédure répressive antérieure. Mais l'article 1353, en autorisant les tribunaux à admettre les présomptions lorsque la preuve testimoniale est elle-même admissible (article 1348), laisse l'appréciation de ces présomptions à la conscience du juge. Ce dernier n'est donc pas obligé de rechercher lui-même les documents où il pourra les rencontrer. Cette recherche incombe exclusivement aux parties intéressées qui ont toujours à faire la preuve des droits qu'elles entendent faire valoir. Dès lors, si les pièces d'une procédure de répression viennent à lui être communiquées par l'une des parties à l'occasion du procès, il pourra puiser les présomptions dans ces documents

mis ainsi à sa disposition, sans avoir égard au consentement ou au non-consentement de la partie qui a fait l'objet de cette procédure secrète.

En résumé, dans toutes les hypothèses de l'article 1348 du Code civil, les tribunaux de première instance jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour tirer ces présomptions des éléments de preuve donnés par l'une des parties, quand bien même ces éléments résulteraient de la production de pièces appartenant à une procédure criminelle. Mais il ne faut pas voir, dans ce pouvoir de consulter de telles pièces et d'en tirer les indices ou renseignements qu'elles comportent, un droit pour le juge civil de produire lui-même ou d'ordonner la communication de ces documents. Si on lui reconnaissait cette prérogative, les parties ne demeureraient jamais maîtresses des prétentions qu'elles émettent et la liberté de la défense n'existerait plus.

Nous avons vu, en effet, dans tous les cas où la preuve peut-être faite par présomptions, qu'il était indispensable que toutes les pièces, peu importe qu'elles appartiennent ou non à une procédure terminée par une ordonnance de non-lieu, soient au préalable communiquées à toutes les parties en cause et régulièrement produites aux débats. Dans ces conditions, il est loisible aux juges du fond, sans commettre aucune illégalité, de faire état d'une mesure d'instruction même non opposable à l'une des par-

ties, lorsqu'ils énoncent qu'ils ne le consultent qu'à titre de renseignements et pour y puiser des présomptions ; car les dépositions écrites, recueillies dans l'instruction d'un procès criminel, ne peuvent pas être nécessairement un élément légal d'un procès civil introduit après le jugement de la poursuite criminelle. Qu'il nous suffise de dire qu'au cas, où de telles procédures de répression se terminent par une décision ayant force de chose jugée, le juge civil ne saurait décider qu'un individu condamné par un tribunal répressif comme coupable et convaincu d'un crime ou d'un délit, est innocent de ce fait, ni qu'un individu acquitté a commis le crime ou le délit qui lui était reproché. Mais, d'un autre côté il ne suffit pas qu'un individu ait été acquitté pour que le juge civil soit tenu d'admettre que le fait pour lequel il était recherché n'existe pas, envisagé uniquement sous le rapport des conséquences civiles qu'il pourrait entraîner, alors qu'on le suppose dégagé de tout caractère de criminalité. Les arrêts d'acquiescement et les décisions du juge d'instruction ne lient donc pas le juge civil, puisqu'ils ne tranchent les questions qui se posent devant eux qu'à un seul point de vue : Y a-t-il ou n'y a-t-il pas lieu à suivre. De plus, les ordonnances ou arrêts de non-lieu ne tranchent même pas cette question, car la survenance de nouvelles charges peut justifier de nouvelles poursuites. — C'est pourquoi les juges civils peuvent, quand ils ne sont pas

liés par un jugement criminel, non rechercher par eux-mêmes les preuves qui sont rassemblées dans ces instructions, mais les consulter lorsqu'elles leur sont divulguées ou que l'admissibilité de la preuve testimoniale les autorise à y puiser des présomptions.

Il faut d'ailleurs faire remarquer que ce que nous venons de dire relativement à la prohibition de l'introduction par le juge d'une pièce de procédure appartenant à une juridiction répressive ordinaire, s'applique également aux pièces des juridictions de répression exceptionnelle. A côté des tribunaux répressifs de droit commun, il y a, en effet, des juridictions qui sont appelées, dans certains cas et en vertu de textes de lois limitativement fixés, à prononcer des pénalités. Par exemple, en matière de grande voirie le Conseil de préfecture est à la fois tribunal administratif et tribunal correctionnel. Le paragraphe 5 de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII donne compétence répressive au Conseil de préfecture en matière de grande voirie, et la loi du 29 floréal an X le fait juge des contraventions aux lois et règlements sur la police des fleuves, routes et canaux navigables. Enfin, les articles 9 et 17 de la loi du 31 mai 1851, sur la police du roulage et des messageries publiques, attribuent à cette juridiction la connaissance des dommages quelconques que les voitures peuvent causer aux routes et à leurs dépendances.

Aussi la Cour d'Angers a considéré les Conseils de préfecture, quand ils prononcent en matière de voirie ou de roulage comme de véritables juridictions répressives qui statuent sur l'action publique (1).

Des critiques furent soulevées contre cette interprétation, mais la jurisprudence du Conseil d'Etat, décidant que l'amende ne peut pas être prononcée contre les héritiers du contrevenant, reconnaît implicitement qu'il n'en est évidemment ainsi que parce que l'amende est précisément une peine. Ces critiques tombent devant cette constatation. Nous devons donc admettre, comme en matière répressive ordinaire, que le juge civil ne pourra pas se faire ouvrir les greffes de cette juridiction administrative pour y puiser dans les pièces d'une procédure, suivie devant elle, les éléments de sa conviction. Même si elles venaient à être portées à sa connaissance, en dehors de toute intervention de sa part, le magistrat ne pourrait en faire état, qu'en ayant soin de constater que la partie qu'elles intéressent y consent. En cas d'admissibilité de la preuve testimoniale, la loi donnant au juge civil un pouvoir discrétionnaire, il pourra y puiser les présomptions qui serviront à compléter sa conviction.

Les mêmes considérations, en vertu desquelles

1. Angers, 26 mai 1864. S. 64. 2. 218.

on attribue effet absolu au civil aux décisions des tribunaux de répression de l'ordre judiciaire, sont admises ici également pour les sentences des juridictions, exceptionnellement répressives. La Cour d'Angers, dans l'arrêt précité, a admis en effet que les tribunaux civils ne peuvent pas contredire soit au profit, soit au préjudice des tiers, les déclarations sur le fondement desquelles le Conseil de préfecture condamne un individu à l'amende et le renvoie des fins de la plainte. De même, aux termes des articles 53 et 54 de la loi du 9 juin 1857, qui constitue le Code de justice militaire de l'armée de terre, on sait que les Conseils de guerre sont incompétents pour statuer sur l'action civile. Le plaignant peut sans doute assister aux débats publics de cette juridiction ; on lui a même reconnu le droit de demander acte au Conseil de guerre de son intention de se porter ultérieurement partie civile. Mais là se borne son rôle et, en dehors de son audition comme témoin, on doit lui interdire toute participation au fond de l'affaire. C'est donc aux tribunaux civils qu'il doit avoir recours pour demander réparation du préjudice que le crime ou délit poursuivi devant le Conseil de guerre a pu lui occasionner. Les juges civils qui ont à statuer sur la demande en indemnité auront-ils le droit de puiser dans la procédure qui aura été suivie devant cette juridiction répressive d'exception ? Nous devons encore répondre ici né-

gativement, car la procédure suivie devant ces tribunaux a le même caractère que celle dont nous avons eu à nous occuper pour les juridictions de droit commun, et tant que le secret existe, il ne peut être question pour le juge de prendre connaissance des pièces de cette procédure.

Les mêmes considérations s'étendent par analogie au Code de justice militaire pour l'armée de mer, promulgué par la loi du 4 juin 1858 qui a réglementé tout ce qui concerne l'organisation de ces juridictions de répression.

Les tribunaux maritimes commerciaux ont aussi à connaître et à prononcer des pénalités au sujet des délits maritimes prévus et réprimés par le décret-loi du 24 mars 1852 (1) et des infractions à la loi du 10 mars 1891 sur les accidents et les collisions en mer. Il a été décidé à leur égard qu'ils étaient de véritables juridictions pénales, dont les décisions ont la même autorité que celles des autres juridictions du même ordre (2). Les règles que nous venons d'exposer pour une procédure d'instruction devant les tribunaux répressifs ordinaires devraient être appliquées ici.

Il est donc certain que dans une contestation civile, dans laquelle sont admis des moyens de preuves

1. Modifié par la loi du 31 juillet 1902.

2. Cass., 30 novembre 1898. D. 99. 1. 74 ; 8 mars 1899. D. 99. 1. 465.

directes ou précises, le juge ne pourra former sa conviction sur des pièces provenant des procédures de ces tribunaux exceptionnels ni en ordonner la communication. Tout ce qu'il sera autorisé à faire, c'est, dans les espèces où il est impossible de se procurer une preuve précise du fait contesté, de puiser des présomptions dans les documents appartenant à ces procédures à condition toutefois qu'ils soient régulièrement produits aux débats.

Devons-nous encore admettre les mêmes règles pour les pièces provenant d'une procédure disciplinaire ? Avant d'entrer dans la discussion, il est intéressant de savoir si l'action disciplinaire est une action pénale au sens ordinaire du mot. On l'a soutenu, en disant que comme le droit pénal, le droit disciplinaire n'incrimine pas seulement des faits dont d'ailleurs la gravité ne change pas la nature, mais encore qu'il applique des peines. Et ces peines, ajoute-t-on, sont des peines légales, non arbitraires. — Ainsi une chambre de notaires, dit la Cour de Cassation (1), ne peut ordonner la publication d'une décision disciplinaire qu'elle a prise contre un de ses membres, pas plus que le Conseil de l'Université ne peut afficher le nom de l'étudiant frappé disciplinairement parce que la publicité est une peine *nouvelle* ou une *aggravation* non autorisée, pour les notaires

1, Cass., 4 août 1886. S. 87. 1. 23.

par l'article 14 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 et, pour les étudiants, par le décret du 21 janvier 1897. Mais si « le droit disciplinaire, dit G. Meyer (1) est le droit pénal des fautes vénielles » il y a cependant des différences bien tranchées entre les infractions qui tombent sous le coup du premier et celles qui sont justiciables du second.

Sans doute, le fait que le droit disciplinaire et le droit pénal veillent tous deux à l'intérêt général et répondent à un besoin d'ordre public et social leur fait attribuer une certaine parenté. Toutefois, dans l'action disciplinaire la poursuite n'est pas une obligation pour l'Etat et l'acte ici ne devient répréhensible que parce qu'il constitue la violation d'une obligation particulière à l'inculpé qui appartient à un groupe social spécial. — Or, cet acte ne constituerait pas une infraction, s'il était commis par un autre individu étranger à ce groupe. Le droit disciplinaire est donc plus restreint quant aux personnes qui y sont soumises que le droit pénal. — Au contraire, en ce qui concerne les faits qui tombent sous son contrôle, il est plus vaste. Il atteint en effet les faits de la vie privée, les devoirs moraux comme les obligations professionnelles, en un mot tous les faits défendus par des scrupules spéciaux à la profession. Ces faits, dit la Cour de cassation, « sont appréciés

1. G. Meyer. *Staatsrecht*, p. 453-454.

non au point de vue du droit pénal et du trouble causé à l'ordre social, mais seulement dans leur rapport avec l'honneur et la considération du fonctionnaire inculpé » (1).

Ce pouvoir d'appréciation est absolu et souverain ; il n'est pas limité par l'absence de texte et méconnaît la règle *nulla pœna sine lege*.

La juridiction disciplinaire se différencie surtout par son caractère indépendant et spécial. « Le caractère de l'action disciplinaire, dit le Procureur général Dupin, est d'être une action *sui generis*, ayant ses règles propres bien qu'elle en emprunte souvent à l'action civile et à l'action publique. » Elle est plus large, plus délicate et repose sur une infinité de nuances que le législateur n'a pu définir, car elle se fonde sur un intérêt professionnel et émane d'un pouvoir de famille tout à fait exceptionnel et arbitraire « qui s'occupe de ce qui est moral plus que de ce qui est légal, qui commence là où la loi cesse et se tait » (2).

De ce que les juges disciplinaires, à la différence des juges des autres juridictions, sont obligés d'user de règles d'appréciation spéciales et jouissent d'un pouvoir absolu pour tous les éléments de leur conviction, il s'ensuit que l'action disciplinaire n'est pas

1. Cass., 5 juillet 1858. D. 58. 1. 269.

2. Procureur général Barbier. Aix, 20 avril 1882.

d'avantage purement civile, comme celle qui ne fait valoir qu'un droit ou un intérêt privé. On ne saurait rendre applicable, dans l'instruction qui se déroule devant ces juridictions, toutes les conditions et toutes les formalités établies pour les procès civils, puisque les juges disciplinaires fondent leur conviction sur telles preuves qu'il leur plaît d'admettre (1). Ces preuves peuvent résulter d'une enquête, qui n'est pas ordonnée par jugement, ou qui est suivie en dehors des formes exigées par les articles 261 et 413 du Code de procédure civile (2)

En outre, le secret de la procédure suivie devant ces juridictions est absolu tant qu'il n'y a pas eu de mise en accusation. Il y a donc ici une prohibition évidente à ce qu'une autre juridiction quelconque prenne connaissance des pièces d'une telle procédure ou en ordonne la production. Ainsi, toute personne étrangère par exemple à une Chambre de notaires, qui n'a pas de rôle à remplir dans le débat, doit être rigoureusement exclue de la salle des séances. Il ne peut donc être fait état d'une telle procédure sans le consentement de la personne, qui a été l'objet de la poursuite disciplinaire, dans un débat, civil où cette personne se trouve plus tard engagée.

Cette solution est à rapprocher de celles qui ont été données au sujet de la preuve faite dans une ins-

1. Cass., 4 janvier 1887. S. 87.1.32.

2. Cass., 20 juillet 1869. S. 70.1.15.

tance civile au moyen de la production d'une instruction criminelle ou correctionnelle. La Cour suprême dans un arrêt du 6 janvier 1908 (1) a posé, en effet, comme principe que le demandeur en dommages-intérêts, nommé et désigné dans une décision disciplinaire, avait qualité pour la produire dans l'instance formée par lui et qu'en la produisant sans lui donner de publicité il usait d'un droit appartenant à toute partie lésée. Il résulte de cet arrêt que celui qui est nommé et désigné dans une procédure disciplinaire (il en serait de même s'il s'agissait d'une procédure criminelle), peut produire la décision pour faire preuve au civil et ce, sans le consentement de son adversaire. Mais ce droit n'appartient jamais aux juges civils, car pour le plaignant, il avait déjà été décidé que sa présence aux débats disciplinaires ne constituait pas une violation de la règle du secret des délibérations des chambres de discipline (2).

Ce principe du secret absolu des débats disciplinaires nous oblige à conclure que le juge civil ne saurait en cette matière ordonner la production d'une pièce d'instruction sur laquelle il n'a aucun pouvoir d'investigation puisqu'elle appartient, comme dans les procédures répressives proprement dites, à un autre ordre de juridiction (3). Nous dirons

1. S. 1908.1.119.

2. Cass., 11 avril 1881. S. 1881.1.297.

3. Bordeaux, 31 janvier 1899. *Rec. Bordeaux*, 1899. 1. 220.

donc qu'il ne suffit pas que le juge sache : « Non sufficit judex sciat, sed ordine jurisdictionis sciat oportet. »

Toutefois, lorsque la preuve testimoniale est admissible, comme en matière de délits ou de quasi-délits, le tribunal aura le pouvoir de puiser dans une décision rendue par une chambre de discipline, les présomptions graves, précises et concordantes dont il pourra se servir comme éléments de conviction. Mais il est encore nécessaire que cette décision soit communiquée au tribunal régulièrement et contradictoirement, car les juges ne doivent former leur conviction que sur des éléments de preuve admis par la loi, selon les modes d'instruction qu'elle a prescrits. Ainsi, au cas d'une faute quasi-délictuelle dérivant d'une infraction aux règles de la résidence, commise par un notaire au préjudice de l'un de ses confrères, les juges du fond peuvent faire état, comme élément de preuve, de la décision d'une chambre de discipline rendue contre le notaire pour infraction à ces règles.

Dans une autre espèce, la destruction d'un acte sous seing privé était imputée à un notaire et, à l'appui de cette obligation, le demandeur se prévalait d'une sentence disciplinaire du tribunal de Vic, en date du 14 août 1870 qui, pour le punir du fait allégué, infligeait au notaire la peine de deux mois de suspension. On s'est demandé qu'elle pouvait être

la valeur juridique et probante de la sentence susdite, car les faits reprochés ne sauraient présenter les caractères d'un crime ou d'un délit et cependant, ils constituaient des infractions aux devoirs de la délicatesse et un manquement à la dignité professionnelle. D'une part, l'action disciplinaire, appartenant à une sorte de juridiction domestique, est affranchie dans les recherches de la preuve, des formalités et des règles ordinairement observées. D'autre part, il s'agissait d'un fait matériel, délictueux, ou tout au moins dommageable, dont on n'avait pas pu se procurer une preuve écrite et que régissait par cela même l'article 1348 du Code civil. L'admissibilité de la preuve testimoniale permettait alors de recourir à des présomptions graves, précises et concordantes. Il n'était donc pas interdit au juge civil de se baser sur ces présomptions, dans la sentence du 14 août 1870, sur les détails qu'elle donne, les circonstances qu'elle relève, les déclarations qu'elle enregistre ou les aveux sur lesquels elle repose. D'autant plus que les décisions disciplinaires, à la différence des sentences répressives proprement dites, n'ont jamais l'autorité de la chose jugée au point de vue de l'action civile sur le point de savoir si tel ou tel fait s'est bien produit. Le notaire pouvait donc être déclaré responsable, et les éléments de cette responsabilité pouvaient être établis par des présomptions puisées dans cette sentence.

Nous sommes amenés à conclure en disant que les juges civils n'ont jamais l'initiative de l'introduction de pièces appartenant à une information ou à une procédure de répression terminée ou non par un non-lieu. Mais ils peuvent prendre en considération ces pièces, si elles sont portées à leur connaissance du consentement de la partie qui a intérêt à se prévaloir du secret qui caractérise les instructions des juridictions répressives. Enfin, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, le juge aura la faculté de rechercher les présomptions servant à compléter sa conviction dans ces documents, mais là encore, cela ne doit pas être entendu en ce sens qu'il lui sera permis de rechercher personnellement ces documents.

CHAPITRE IV

Théorie des motifs et sanctions du principe de la neutralité

Après avoir vu comment le juge civil outre passe ses droits soit en se référant à la connaissance personnelle qu'il peut avoir des éléments du procès qui lui est soumis, soit en puisant ses moyens d'investigations et de conviction dans une procédure antérieure d'intérêt privé ou de répression, nous devons examiner quel sera le critérium qui nous permettra de distinguer, selon les cas, s'il y a eu de la part du juge, excès de pouvoir, autrement dit violation de l'impartialité à laquelle la loi l'astreint ?

Il n'existe aucune difficulté en ce qui concerne le dispositif du jugement ; il sera l'objet d'un examen, qui aura pour résultat de contrôler l'usage que le juge a fait de ses pouvoirs. Mais comment distinguer si la conviction du juge s'est formée régulièrement d'après la loi et par quels procédés ? Ce sera aux motifs qu'il faudra recourir, c'est-à-dire aux raisons

de fait et de droit qui l'ont décidé à prononcer sa sentence dans le sens adopté.

La nécessité d'énoncer les motifs s'applique à toute espèce de jugements, à celui de défaut (1), comme à celui qui reçoit l'opposition à un jugement de défaut (2) ; aux ordonnances de référé, ainsi qu'aux jugements statuant sur des exceptions préjudicielles (3); enfin au jugement qui repousse comme inadmissible le serment décisoire (4). La Cour de cassation, par un arrêt du 1^{er} décembre 1857, a étendu cette obligation même aux arbitres amiables compositeurs.

Toutefois il n'est pas nécessaire de motiver les jugements interlocutoires qui ordonnent une enquête ou une expertise, car ici les juges ne prescrivent la mesure ordonnée, que pour s'éclairer sur le fond, dont ils n'ont pas eu une connaissance assez grande pour pouvoir décider. La même solution est admise pour les jugements préparatoires, les jugements d'adjudication, d'adoption et ceux qui mettent une cause en délibéré sur rapport (Cass., 30 août 1837).

Pour les juridictions exceptionnelles, divers décrets imposent la même obligation, c'est ainsi que l'article 13 du décret du 12 juillet 1865 exige que les arrêts des Conseils de préfecture renferment des mo-

1. Colmar, 6 floréal an II. P. 3. 255.

2. Orléans, 9 décembre 1818. P. 14. 114.

3. Cass., 12 juillet 1819 ; 13 mars 1820. P. 15. 389, 853.

4. Cass., 25 avril 1842. *Jurisp. Gén.*, art. 2393.

tifs. Le décret du 21 août 1872 exprime la même idée, quoique en termes moins précis, pour les décisions du Conseil d'Etat.

Cette obligation pour les tribunaux de motiver leurs décisions, contenue dans l'article 141 du Code de procédure civile et dans l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, est imposée à peine de nullité. « Les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nuls », disent en effet ces textes ; et il est unanimement admis que la loi du 20 avril 1810, quoique ne visant que les Cours d'appel, est applicable non seulement aux tribunaux de première instance, mais encore aux décisions des juges de paix, à celles des Tribunaux de commerce (art. 433, C. com.) et aux sentences arbitrales (1).

Les motifs de fait et de droit se rencontrent dans toutes les décisions et l'intérêt qu'il y a à les distinguer consiste en ce que les motifs de droit sont seuls soumis au contrôle de la Cour de cassation ; tandis que les motifs ou constatations de fait rentrent dans l'appréciation souveraine des juges du fond. Le but de la loi en imposant cette règle de motiver les décisions judiciaires a été d'obliger le juge à exposer les considérations déterminantes qui ont entraîné sa conviction, et à divulguer les raison-

1. Besançon, 10 juillet 1844. D. 45. 4. 351. — Ch. des Req., 1^{er} décembre 1857. D. 58. 1. 30.

nements qui l'ont amené à rédiger la solution précise des difficultés soulevées.

Mais alors puisqu'il appartient à la Cour de cassation de statuer sur l'application de la loi aux faits d'une cause quelconque, à quels caractères distinctifs reconnaitra-t-elle la limite qui sépare le fait du droit ? Quelles sont, en un mot, les bornes du pouvoir souverain des juges du fait ?

Il est extrêmement difficile de donner une règle précise pouvant nous servir de guide. Cependant, si nous nous en rapportons à M. Bouvier (1), nous distinguerons, suivant cet auteur, trois points fondamentaux, qui devront appeler spécialement l'attention des magistrats et dont l'un, en particulier, permettra d'arriver à une solution tout au moins approximative du problème.

Les juges de la Cassation devront se demander : 1° si les faits matériels servant de base au procès existent ou non, et c'est là en particulier le point le plus intéressant pour nous ; 2° l'existence de ces faits étant établie, il faut déterminer la qualification juridique qui devra leur être donnée ; 3° enfin une fois cette existence et la nature du fait démontrées, quelles conséquences en découleront au point de vue de l'application de la loi civile ?

Dans les trois conditions qui viennent d'être expo-

1. *Eléments d'organisation judiciaire.*

sées, il importe d'envisager tout particulièrement celle qui a trait aux constatations de l'existence des faits afin de savoir si, à ce sujet, les tribunaux jouissent toujours d'un pouvoir illimité à l'abri de tout contrôle ? Nous ne le pensons pas, car si nous nous reportons à tout ce qui a été dit précédemment, nous sommes obligés de reconnaître que ce pouvoir de constatation doit être exercé, conformément à la loi, c'est-à-dire suivant les modes de preuves légaux. Il serait donc imprudent d'admettre que les juges puissent s'écarter de ces règles sans que la voie du recours en Cassation soit ouverte contre leur décision. Il n'en est plus de même, lorsqu'il s'agit de la qualification légale des faits, car tout ce qui se rattache aux conséquences de cette qualification au point de vue de l'application de la loi est du domaine de la Cour suprême.

La loi a pris toutes les précautions pour garantir et assurer la neutralité absolue du juge ; c'est pourquoi elle exige que le tribunal ait le soin de spécifier les raisons qui l'ont convaincu, c'est-à-dire les moyens par lesquels il a connaissance des faits litigieux. D'ailleurs, le devoir pour un magistrat de motiver sa sentence est corrélatif du devoir pour la partie de motiver sa demande sur des moyens de preuve produits et admis conformément aux lois. Or, nous dit M. Massé, si c'est un devoir pour le juge de ne pas écouter les impressions person-

nelles qu'il a pu acquérir en dehors de l'instruction du procès, il est bien évident que ce devoir n'a d'autre sanction que la conscience du magistrat et que tout ce que l'on pourra exiger de lui, c'est que, dans les motifs exprimés de sa décision, il ne fasse figurer que des motifs légaux résultant d'une conviction acquise par la voie juridique (1).

Les parties doivent être mises à même de se convaincre que toutes les raisons ont été pesées et que la difficulté a été exanimée et comprise.

Il y a, en effet, ajoute M. Garsonnet (2), trois considérations également puissantes justifiant la rigueur de la loi : « Les parties seront mieux jugées si le tribunal est tenu de motiver ses jugements que s'il a le droit de taire les raisons qui l'ont déterminé ; le public aura plus de confiance dans les magistrats s'il peut discuter les motifs de leurs jugements ; les juges eux-mêmes seraient moins respectés si leurs décisions pouvaient paraître inspirées par l'arbitraire ou la partialité ».

La jurisprudence s'est ralliée à ces distinctions par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation (3) dans lequel il est dit : « Qu'un arrêt, faute d'indiquer s'il jugeait en fait ou en droit,

1. Massé. *Droit Commercial*, t. IV, n° 2365.

2. Garsonnet, 2^e édit., p. 515, vol. III, § 1115.

3. 22 mars 1893. D. 94. 1. 129.

n'avait pas mis la Cour de cassation à même d'exercer le contrôle qui lui appartient et, d'autre part, pour ne s'être point expliqué sur les faits pertinents, allégués et tenus pour constants par les premiers juges, n'a pas régulièrement justifié sa décision ; qu'il a par suite violé l'article 7 de la loi du 20 avril 1810. »

Rien par conséquent n'est plus important qu'un exposé clair, constatant l'observation de tout ce qui est nécessaire pour qu'un jugement ne laisse aucune prise à la mauvaise foi, car : « la chicane vaincue a encore ses ressources » (1).

Cette nécessité de motiver les décisions judiciaires offre non seulement une garantie soit contre l'injustice, soit contre la faveur, mais encore elle impose au juge une explication sur la question de savoir si la mesure d'instruction qui a été ordonnée était admissible ou utile.

Les motifs doivent se rapporter à chacun des points de fait et de droit qui forment l'objet du litige. Ce principe est absolu, que les conclusions soient principales ou subsidiaires, qu'elles formulent une demande principale ou reconventionnelle, une défense ou une exception (2). En effet, ce n'est pas l'omission de motifs quelconques que la loi frappe

1. D'Aguessau. *Mercuriale sur l'attention*.

2. M. Garsonnet.

de nullité, c'est l'omission des motifs des jugements, c'est-à-dire de ce qui détermine chacune des dispositions dont ils se composent. Car un jugement comprend autant de jugements qu'il contient de dispositions distinctes : *Tot capita, tot sententiæ*. Le juge doit motiver le rejet ou l'admission de chaque chef de conclusion, mais il n'est pas nécessaire qu'il réponde dans son jugement à chaque moyen : « Attendu qu'en thèse générale une décision est motivée sur tous les chefs de conclusions si les motifs donnés sur un ou plusieurs chefs s'étendent à tous les autres (1). » La Cour de Nîmes qui avait eu à trancher le litige d'où est extraite cette citation avait omis de donner des motifs spéciaux relativement à un des objets du procès, mais dès lors qu'il y avait eu des motifs suffisants pour expliquer l'arrêt, on ne pouvait conclure de la brièveté ou de l'absence de développement de ces motifs qu'il n'y en avait pas ; car un arrêt est motivé d'une manière suffisante lorsque le dispositif ne contient rien qui dépasse le sens et la portée des motifs (2). L'insuffisance des motifs d'un arrêt n'est donc pas, comme l'absence de motifs, une cause de nullité ; mais il peut arriver que l'insuffisance soit telle, qu'en réalité la solution n'aura pas du tout de motifs ; dans ce

1. Cour de cass. Req., 5 août 1875. D. 76. I. 389.

2. Req., 1^{er} février 1870. D. 71. I. 108.

cas, il y aura lieu à cassation. Il en est ainsi lorsqu'un jugement ou arrêt se borne à décider la question par la question.

La jurisprudence est unanime à admettre que le juge n'est tenu de s'expliquer que sur les chefs des conclusions des parties et non de répondre à chacun des arguments, sur lesquels celles-ci ont cru devoir appuyer ces différents chefs (1). M. Rau, dans un rapport suivi d'un arrêt de la Chambre des Requêtes conforme à ses conclusions, avait déjà nettement exprimé cette idée en disant que : « Si tout jugement doit contenir des motifs, explicites ou au moins implicites, s'appliquant à chacun des chefs de conclusions, le juge n'est pas tenu de donner des motifs particuliers et distincts sur chacun des arguments employés par les parties à l'appui de leurs prétentions. » Ainsi, le juge n'est pas obligé de motiver l'adoption ou le rejet des motifs ou raisons opposés à une demande, c'est uniquement l'adoption ou le rejet de la demande ou de chaque chef de la demande, qu'il est tenu de motiver.

D'autre part, la loi en exigeant que les jugements soient motivés n'impose nullement aux juges l'obligation de donner des motifs spéciaux sur chaque fait articulé ou sur chaque pièce produite (2).

1. Cass., 1^{er} juin 1875. D. 75. I. 417.

2. Ch. des Req., 8 juin 1869. D. 72. I. 135.

« Un arrêt ne viole pas l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 en ne discutant pas isolément et successivement toutes les pièces visées dans des conclusions comprenant un grand nombre d'actes, de décisions judiciaires ou de délibérations administratives, désignées en bloc ou par leur date » (1), dit un autre arrêt de la même Chambre.

Quoiqu'en thèse générale, le juge n'ait pas besoin de discuter, dans le jugement, tous les moyens de droit qui ont été produits dans les plaidoiries ou posés dans les conclusions, il y a cependant une exception à cette règle toutes les fois que les moyens présentés, bien que tendant au même but, sont complètement distincts et séparés par les principes et par les faits qui les établissent. Dans ces hypothèses, il est du devoir des juges de motiver d'une manière spéciale le rejet de chacun des moyens pris dans un autre ordre d'idées. Aussi la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 juillet 1852 (2), a cassé, comme n'étant pas suffisamment motivé, un arrêt qui, en présence de conclusions en annulation d'un testament, fondées à la fois sur le défaut de date et sur des faits de captation, avait ordonné l'exécution du testament attaqué en s'expliquant seulement sur le moyen de captation.

1. Req., 17 juin 1885. D. 1886. 1. 300.

2. D. 52. 2. 204.

En exigeant que les jugements soient motivés au point de vue civil, le juge a été ainsi obligé de réfléchir avant de prononcer sa sentence et les motifs ne sont qu'une forme matérialisée de cette réflexion imposée au juge pour la justification de sa décision et des moyens qui l'ont déterminée. Comment eût-il été possible de s'assurer que le juge avait obéi aux prescriptions de la loi si on ne l'avait pas obligé de fixer par écrit les résultats de sa pensée, c'est-à-dire de traduire sous une forme concrète les faits antérieurs qui l'ont décidé à se prononcer sur telle ou telle espèce ? Les motifs ne sont, en résumé, selon l'expression de M. Bartin à son cours, que les antécédents de la décision du magistrat. Comme tels, ils ne sauraient servir de base à un pourvoi en Cassation (1). Ces résultats écrits de la pensée du juge font partie intégrante de la rédaction de toutes les décisions judiciaires et servent à les expliquer, mais on ne pourrait dire qu'ils les constituent ; ce dernier caractère appartient au dispositif seul. Aussi l'erreur ou les irrégularités qui sont dans le dispositif le vicient et le font tomber. Il n'en est pas de même pour les motifs erronés qui peuvent servir de base à un jugement. C'est là une solution admise sans restriction par la Cour de cassation. Il semble cependant,

1. Ch. des Req., 21 mars 1855. D. 55. 1. 409. — Req., 19 mai 1873. D. 74. 1. 231.

au premier abord, qu'une erreur dans les motifs constitue une contravention à la loi et doit toujours entraîner l'annulation de la décision. C'est, en effet, en se reportant aux énonciations des motifs que la Cour de cassation reconnaît que la loi a été bien ou mal appliquée. Si donc elle reconnaît que la solution admise doit être maintenue, bien que les motifs invoqués à l'appui soient erronés, c'est que les faits particuliers de la cause ont permis de rétablir le véritable aspect du litige au point de vue juridique. — Et alors, pour satisfaire à la loi qui oblige à motiver les décisions judiciaires, il suffit qu'en dehors des motifs erronés, le jugement attaqué en contienne d'autres justifiant la solution admise. Ainsi, quelque erronés que soient les motifs d'un arrêt ou d'un jugement, l'erreur ainsi commise ne saurait entraîner la cassation de la décision, si le dispositif se justifiait par d'autres motifs, fussent-ils contraires à ceux exprimés par les juges de la cause. En maintenant une décision judiciaire conforme au vœu de la loi, la Cour de cassation se borne en lui donnant des motifs réguliers à demeurer fidèle à sa mission (1).

Il convient cependant de faire observer que la Cour suprême ne peut ainsi suppléer que des motifs de pur droit ; sinon elle enfreindrait la règle qui lui interdit de connaître des moyens nouveaux, c'est-à-

1. Cass., 3 février 1864. S. 1864. 1. 10.

dire de ceux qui n'ont été soumis au juge, ni en première instance, ni en appel ; ou encore de ceux qui, ayant été invoqués au premier degré, n'ont pas été reproduits au moins implicitement au second. Enfin, viennent se ranger dans cette catégorie les moyens qui n'ont pas été constatés aux qualités des jugements ou arrêts.

Si ces moyens de pur droit peuvent être invoqués, pour la première fois, devant la Cour de cassation cela tient à ce qu'ils sont réputés être toujours contenus d'une manière implicite dans les conclusions des parties.

L'erreur dans les motifs ou l'incertitude n'équivaut donc pas à l'absence totale de motifs. Qu'ils soient bons ou mauvais, peu importe. Ce qui importe, c'est qu'il y en ait et pourvu qu'elles ne vicient pas le fond du dispositif, les irrégularités et les inexactitudes qui y sont contenues ne peuvent motiver la cassation de l'arrêt (1).

On comprend facilement que si le juge s'est déterminé par une appréciation de droit, il est tenu de l'exprimer, car il ne peut pas, par le laconisme ou l'ambiguïté des motifs, porter atteinte aux droits des parties de soumettre cette appréciation à la censure de la Cour suprême.

1. Boitard et Colmet-Daage. *Leçons de procédure*, t. II, p. 136.

Il faut aussi faire observer que si les motifs ne répondent pas toujours spécialement à chaque chef de la demande, ils doivent cependant être assez précis. Ainsi, rejeter une demande par le motif ainsi formulé : « Attendu qu'elle n'est pas fondée », ou bien « qu'elle est illégale », ou encore « qu'elle n'a pas le sens commun » équivaut à la repousser sans motifs. — De même, invoquer le moyen tiré de la prescription dans les termes suivants : « Attendu qu'elle a été interrompue », sans dire et prouver comment et à quelle époque, c'est statuer par des motifs dépourvus de toute précision. — Déclarer enfin « qu'on s'en rapporte aux moyens allégués par le demandeur en sa requête » serait se contenter de motifs vagues, généraux et insuffisants. On a bien admis que les motifs pouvaient être incomplets, car, ainsi qu'on l'a vu, l'insuffisance des motifs n'est pas, comme le défaut de motifs, une cause de nullité des jugements à moins que cette insuffisance équivaille à une absence complète de motifs. Mais, dans les arrêts où la Cour de cassation s'est prononcée, les motifs, dont elle s'est contentée, quoique étant insuffisants, pouvaient être complétés par d'autres constatations empruntées au jugement lui-même. Il est utile de remarquer que l'appréciation de la Cour de cassation, en matière d'absence ou d'insuffisance de motifs, est beaucoup plus sévère, lorsque la décision est en opposition avec une constatation revêtue de

quelque autorité, telle celle résultant d'un jugement qu'il s'agit d'infirmar ou d'un procès-verbal ou même d'un acte notarié. Mais rien ne s'oppose à ce que le juge, pour motiver sa sentence, se réfère aux motifs énoncés, soit dans une sentence arbitrale ou dans un rapport d'arbitre, soit dans un rapport d'expert à la condition cependant que ces documents soient eux-mêmes suffisamment motivés sur le point que le juge est appelé à trancher. Ainsi, lorsqu'un tribunal déclare régulier en la forme le rapport de l'arbitre, auquel il avait donné mission de vérifier les faits contestés entre les parties, une telle déclaration constitue un motif qui satisfait à la prescription de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810. Il s'ensuit que la Cour de cassation ne pourra, dans ces cas, exercer le pouvoir de revision et de contrôle dont elle est investie, qu'autant que les actes, dont il s'agit d'apprécier les caractères ou les effets légaux, lui sont représentés. A défaut de la production de ces pièces, elle serait en effet dans l'impossibilité de distinguer et de connaître les raisons qui ont déterminé la conviction du juge (1).

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a mentionné ces considérations dans un arrêt du 2 février 1854 où il est dit : « Le motif conçu en termes

1. Req., 8 nov. 1869. D. 70. 1.163. — Req., 9 nov. 1869. D. 70. 1.169. — Req., 15 avril 1872. D. 72. 1. 470.

vagues, qui, par là même ne porte point d'une manière précise et directe sur les circonstances du fait, et peut se référer indifféremment, soit à ces circonstances, soit à leur appréciation légale, est iusuffisant en ce que, à raison de son ambiguïté, il rend impossible l'exercice du contrôle de la Cour de cassation, appelée à se prononcer souverainement sur les rapports légaux entre le fait tenu pour constant et sa qualification. »

Mais, étant admise cette double réserve que les motifs d'un jugement peuvent être complétés par d'autres énonciations, soit du jugement lui-même, soit d'un acte auquel le jugement se réfère, quand sera-t-il permis alors de dire que les motifs sont suffisants ou insuffisants ?

Un arrêt de Cassation a, à cet égard, esquissé une définition (1) : « Un arrêt est motivé, dit-il, d'une manière suffisante, lorsque le dispositif ne contient rien qui dépasse le sens et la portée des motifs. » — N'est-ce pas indiquer que s'il est reconnu en fait que le dispositif est l'application pure et simple des motifs donnés, la décision ainsi rendue ne saurait être cassée par la Cour de cassation.

En général, il faut considérer comme équivalentes à l'absence des motifs ces formules banales par lesquelles le juge, au lieu de répondre à la question sou-

1. Cass., 19 août 1858. D. 59. 1. 81.

levée par le procès, ne fait que reproduire la question en d'autres termes. Notamment, il a été jugé que s'il est du devoir du juge d'exclure, des motifs de sa décision, toute expression équivoque ou dubitative, de nature à affaiblir l'autorité de celle-ci, cette dernière ne pourrait cependant pas être attaquée pour insuffisance de motifs si toutefois elle en contenait d'autres qui la justifieraient.

En ce qui concerne les motifs surabondants, ils ne doivent pas être pris en considération comme base d'une critique quelconque, alors même qu'ils seraient tout à fait insuffisants. On n'en tient pas compte et on les considère seulement comme s'ils n'existaient pas. En conséquence un arrêt qui, pour condamner à des dommages-intérêts le vendeur de marchandises frauduleusement mélangées, se fonde sur des documents judiciaires dont il n'indique pas la nature, des reconnaissances implicites des parties et une expertise, n'est pas nul, lorsqu'il est motivé par d'autres preuves, suffisantes par elles-mêmes, comme une enquête, faite à la requête du vendeur, et un ensemble de présomptions graves et concordantes, établissant que les marchandises étaient pures de tout mélange au moment de la vente et que la fraude n'a pu avoir lieu qu'après coup, dans les magasins du vendeur. Incontestablement, lorsqu'un jugement ou arrêt se fonde ainsi sur des documents judiciaires ou extrajudiciaires, il est nécessaire d'indiquer la nature et la

qualité de ces actes, afin de permettre à la Cour de cassation de s'assurer s'ils ont un caractère probant, s'ils peuvent ou non être utilement produits lorsqu'ils sont invoqués. La Cour suprême ne peut pas en effet être appelée à rechercher des faits dont elle ne trouverait pas la constatation dans les décisions qui lui sont soumises. C'est précisément pour ces mêmes raisons qu'une décision qui se bornerait à rejeter des exceptions ou des moyens, opposés par l'une des parties à son adversaire, en spécifiant que lesdits moyens et exceptions ne sont pas sérieux, serait nul pour défaut de motifs. Car une telle déclaration n'aurait de valeur au point de vue légal qu'autant que les circonstances constitutives des faits qui s'y trouvent relatés, peuvent être souverainement appréciées et pour cela il est nécessaire qu'elles soient exprimées (1).

Aussi, dans le doute sur le sens des motifs d'un arrêt ou d'un jugement, nous pensons qu'il est préférable de prendre en considération celui des motifs qui est conforme à la loi (2). Autrement dit, il faut interpréter les motifs ambigus d'après les termes de l'article 1157 du Code civil qui déclare que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut

1. Cass. civile, 13 nov. 1861. D. 61. 1. 488.

2. Ch. des Req., 21 novembre 1871. D. 72. 1. 70.

avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». En pratique, la jurisprudence s'est souvent montrée très large dans ses appréciations et elle a même poussé à l'excès l'application du système, suivant lequel l'insuffisance des motifs n'équivalait pas à un défaut de motifs. Or une brièveté excessive ne mettrait-elle pas la Cour de cassation dans l'impossibilité de contrôler utilement les théories de droit qui ont pu être adoptées. Une telle base d'appréciation serait des plus fragiles. Comment s'assurer, si le juge n'a pas pris le soin de le dire, que c'est tel fait, relaté dans l'exposé des moyens de preuve employés, plutôt que tel autre qui l'a déterminé ?

Il arrive cependant de rencontrer dans les jugements des formules suivant lesquelles on se réfère aux éléments, circonstances ou documents de la cause. Bien que ces énonciations ainsi usitées ne spécifient nullement les documents sur lesquels elles s'appuient, elles seront valables ; elles n'en répondent pas moins aux conclusions prises, à condition toutefois qu'il ait été reconnu qu'il a été fait une exacte et suffisante appréciation des faits puisés dans ces pièces. Le magistrat doit en effet examiner et apprécier les moyens respectivement présentés par les parties et donner les raisons de fait et de droit, qui ont déterminé sa conviction. Il doit aussi indiquer la provenance des moyens de preuve soumis à son examen,

afin de permettre aux parties de s'assurer de son impartialité (1). Nous avons dit qu'il n'était pas nécessaire que la réponse du juge à chaque chef de conclusions fût explicite. Il peut, dans certains cas (2), n'énoncer qu'un motif général pour plusieurs chefs de conclusions si ce motif peut s'appliquer à tous ces chefs (3). Cela se produira lorsqu'il y aura des conclusions principales et des conclusions subsidiaires, fondées sur la même cause ; les motifs explicites, donnés pour les premières, justifieront ainsi implicitement les secondes (4).

Cependant, le juge ne devra user de cette faculté qu'avec la plus grande circonspection, car son lachisme peut souvent laisser sans explications satisfaisantes certaines parties du dispositif de son jugement.

On admet aussi que les motifs de certains chefs de conclusions peuvent n'être pas toujours explicitement indiqués, lorsqu'ils résultent virtuellement, c'est-à-dire par voie de conséquence nécessaire et d'une façon précise et non équivoque, d'autres dispositions du jugement. Par exemple, les con-

1. Ch. civ. Cass., 2 août 1848. D. 50. I. 141.

2. Ch. civ. Cass., 26 juillet 1881. D. 1882. I. 101. — Ch. civ. Cass., 9 mars 1891. *Gaz. Pal.* 1891. I. 420.

3. Cass., 14 avril 1858. D. 58. I. 214.

4. *Rej.*, 25 août 1842. D. 42. I. 407. — *Rej.*, 1^{er} mars 1843. D. 43. I. 205. — Cass., 12 avril 1853. D. 53. I. 114.

damnations accessoires comme celles des dépens du procès, des dommages-intérêts, n'ont pas besoin d'être spécialement motivées ; car elles le sont suffisamment et implicitement par les motifs qui s'appliquent à la condamnation principale. C'est en se fondant sur le principe qu'il suffit qu'une décision judiciaire soit motivée implicitement, que la jurisprudence de la Cour suprême admet, comme répondant au vœu de la loi, l'usage, qui s'est introduit dans les Cours d'appel, de confirmer les jugements attaqués par l'appel, sans donner des motifs nouveaux dans l'arrêt, en adoptant purement et simplement ceux des premiers juges.

L'adoption des motifs n'est pas soumise à des termes sacramentels. Par exemple, les juges d'appel peuvent, pour aggraver le chiffre des dommages-intérêts, déclarer que les juges du premier degré n'ont pas tenu un compte suffisant du préjudice. Ils adoptent par là même, implicitement, les motifs des premiers juges tendant à constater l'existence du dommage. Quelque large que soit la jurisprudence de la Cour de cassation en cette matière, elle ne considère pas comme suffisamment motivés les arrêts qui confirment, en adoptant simplement les motifs des premiers juges, lorsqu'en appel, l'une des parties a étendu ses conclusions ou pris des conclusions subsidiaires, non posées en première instance. Il y a, en effet, aux termes de l'article 464 du Code de

procédure civile, certaines demandes nouvelles qu'on peut introduire pour la première fois en appel. Ainsi, lorsque la partie propose un moyen nouveau, comme, par exemple, la preuve testimoniale, le juge doit, à peine de nullité, motiver l'admission ou le rejet de ces conclusions nouvelles.

Il faut également décider que si les motifs d'une décision sont contradictoires entre eux, ils se détruisent mutuellement et la sentence, se trouvant en fait dénuée de tout fondement, encourra aussi la nullité. Une telle contradiction équivaut, dit la Cour de cassation, à une absence de motifs, bien que les motifs d'un jugement ne puissent servir de base à une poursuite en Cassation (1).

Avant 1850, la jurisprudence admettait que la contradiction des motifs entre eux était assimilée aux motifs erronés. La contrariété absolue entre ces motifs ne pouvait être considérée que comme une absence de motifs puisqu'ils s'annihilaient en réalité, ce qui faisait qu'en définitive la décision n'était pas motivée.

Il est possible qu'une contradiction flagrante se rencontre entre les motifs adoptés du jugement de première instance sur le chef principal d'une demande et les motifs propres de l'arrêt en appel sur un chef accessoire. Dans ces sortes d'hypothèses, la

1. Cass. Civ., 7 janvier 1891. S. 91. 1. 148.

jurisprudence a décidé qu'en réalité il n'y a pas de motifs, surtout s'il existe un lien de connexité très étroit entre les deux chefs de la demande. La Cour de cassation a donné son approbation à cette jurisprudence. Il s'agissait, dans l'espèce soumise à la Cour suprême, de la résiliation de la vente d'un fonds de commerce litigieux. Le jugement attaqué s'était fondé sur le seul motif du dol dont l'acheteur aurait été victime de la part du vendeur, « qui lui aurait laissé ignorer que le fonds cédé avait, pour unique source de bénéfices, la vente d'un poivre frauduleusement fabriqué ». — L'arrêt rendu sur l'appel de ce jugement avait confirmé cette partie de la sentence avec adoption pure et simple des motifs des premiers juges. Mais le jugement avait alloué à l'acheteur trompé 10.000 francs à titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé. Et, d'autre part, l'arrêt, sur ce chef, avait infirmé cette partie du jugement en se fondant sur ce « qu'il résultait de tous les documents de la cause, que l'acheteur connaissait parfaitement la nature du commerce qui lui était cédé et les fraudes qui en assuraient seules le succès ». L'arrêt concluait qu'il s'était ainsi volontairement exposé aux dommages que pouvait lui faire éprouver la résiliation du contrat à l'exécution duquel il voulait aujourd'hui se soustraire ; qu'il ne pouvait, dès lors, en rendre responsable le vendeur. « Attendu que les motifs spéciaux à l'arrêt contredisent absolument et

annihilent en réalité ceux qu'il avait déjà empruntés au jugement et qui auraient justifié la condamnation prononcée sur la question de résiliation s'ils n'étaient ainsi mis à néant par l'arrêt lui-même. — Qu'il suit de cette contradiction manifeste des deux ordres de motifs de l'arrêt attaqué que la décision prononçant la confirmation du jugement sur cette question de résiliation n'est pas motivée; qu'elle a ainsi violé l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 (1). »

Cette contradiction entre les motifs se rencontre très fréquemment en jurisprudence. Mais, toute autre serait la solution si les juges, usant de leur pouvoir souverain pour interpréter les conventions à condition de ne pas les dénaturer (2), décident par exemple que les quittances, excipées par un mandataire tombé en déconfiture, ne s'appliquent seulement qu'à des fournitures faites postérieurement à la cessation du mandat de la part du mandataire, cessation résultant de la déconfiture et non aux fournitures antérieures; qu'elles n'ont donc, quant à celles-ci, aucun effet libératoire; que, par conséquent, on ne saurait voir là aucune contradiction entre les motifs des deux parties du jugement dont l'une se réfère aux fournitures faites au mandataire *durant* son mandat et l'autre à celles faites au même mandataire *postérieurement* à la cessation du mandat.

1. Cass. civ., 7 janvier 1891. S. 91. 1. 148.

2. Cass. Req., 6 novembre 1894. S. 95. 1. 87.

Il se dégage de toutes ces décisions judiciaires qu'il est nécessaire pour la validité d'un jugement qu'il y ait des motifs, sans cela il est nul et cette nullité, étant d'ordre public, doit par conséquent être relevée d'office par les juges d'appel.

Autrefois, il n'en était point de même. On rendait les arrêts et les sentences sans daigner rendre compte aux plaideurs des raisons qui avaient déterminé ces décisions.

L'article 141 du Code de procédure civile par sa rédaction a en vue les formes matérielles dans lesquelles doivent être transcrits les jugements. L'obligation de motiver figure parmi ces formes. La loi a donc pensé que, comme on ne pouvait pas organiser de contrôle sur les motifs, qui ne sont que les antécédents de la décision du juge, c'est-à-dire de sa volonté, on pouvait, du moins, établir un contrôle sur la forme dans laquelle cette volonté s'était manifestée. Il y a donc, à côté du contrôle de fond, qui porte sur l'usage que le juge a fait de ses pouvoirs, renfermés dans le dispositif du jugement, une autre vérification, qui s'exerce sur les moyens employés pour former les idées et l'opinion du magistrat. On a obligé ainsi le juge à réfléchir et le meilleur moyen de s'assurer qu'il avait satisfait à cette obligation, c'était de matérialiser cette réflexion par l'écriture.

Les intérêts complexes et élevés que le juge a

quotidiennement à sauvegarder, méritait qu'il apportât dans ses appréciations la plus grande prudence, d'autant plus que ses décisions sont revêtues de l'autorité de la chose jugée et par cela même immuables.

Cette obligation pour le juge de démontrer sa décision pour satisfaire au vœu de l'article 141 du Code de procédure civile permet, comme nous allons le voir, aux plaideurs de vérifier s'il a bien fait état des renseignements qu'ils lui ont fourni à l'appui de leurs prétentions. Elle permet encore, et c'est là le point capital, de savoir si le magistrat ne s'est pas décidé, d'après des documents étrangers aux débats ou encore d'après la connaissance personnelle qu'il a pu acquérir en dehors de l'audience (1).

Il peut en effet arriver que le juge indique dans les considérants les modes de preuve dont il s'est servi pour parvenir à former sa conviction. Par exemple, il énoncera les documents qui ont exercé sur sa volonté une influence décisive. Parmi ces documents, certains peuvent être valablement pris en considération parce qu'ils ont été versés aux débats par l'une des parties et qu'ils ont subi la contradiction. Mais d'autres, par contre, ont été produits irrégulièrement soit qu'ils aient été portés

1, Poitiers, 29 novembre 1886. P. 1887. 2. 22.

à la connaissance du magistrat par un tiers, soit qu'ils n'aient pas été communiqués à toutes les parties en cause, soit enfin qu'ils soient parvenus après la clôture des débats. L'énumération de ces pièces irrégulières dans les motifs d'un jugement devrait entraîner l'irrégularité de la décision puisqu'elle est basée en partie sur des pièces mauvaises qui, par suite de leur introduction dans le procès en dehors des formalités légales, ne peuvent pas servir d'éléments de conviction. Cependant, si les autres pièces valables justifient à *elles seules* la décision, elle sera inattaquable. Car nous avons vu qu'un motif surabondant ou même insuffisant ne vicie pas une décision qui se trouve logiquement établie sur des pièces qu'aucune critique ne saurait atteindre puisqu'elles ont été produites conformément aux prescriptions et selon les formes du Code de procédure civile (1). Nous rencontrons des exemples nombreux dans lesquels un tribunal peut très bien, pour motiver sa décision, s'appuyer sur le résultat de ses investigations personnelles. Le cas s'est présenté pour une hypothèse dans laquelle une allée litigieuse entre deux fonds était réclamée comme étant un chemin d'exploitation (2). Il a été décidé qu'il importait peu que les juges aient recouru à un mode de preuve,

1. Cass. Req., 4 août 1884. S. 85. 1. 316.

2. Requête, 4 août 1884. S. 85.1.316,

non reconnu par la loi, tel que la notoriété publique, si cette preuve loin d'être la base unique de leur décision était surabondante. Mais il faut que les autres moyens de preuve, tirés de divers documents versés aux débats et dont l'admissibilité n'est pas contestée, suffisent à justifier la sentence.

Dans une autre espèce, les juges déclarèrent qu'il était de notoriété publique que des moellons, par exemple, avaient été immergés en partant de la terre vers la haute mer, alors que d'autres considérants montraient que ce n'était pas sur cette seule particularité qu'ils avaient fondé leur sentence, mais qu'ils s'appuyaient en réalité sur ce fait non contesté que les moellons en question avaient servi aux enrochements sur lesquels était construite une digue reliée à la ville. On ne saurait, dit la Cour de cassation, voir dans cette allégation, puisée en dehors des débats, un motif suffisant à entraîner la nullité de l'arrêt.

Si, au contraire, le tribunal se basait *exclusivement* sur la notoriété publique en tenant en dehors tous les autres documents de la cause, il y aurait, de la part du juge, une violation du principe de la neutralité, car ce serait, comme nous l'avons dit, dans la première partie de cette étude, faire état de ses connaissances personnelles.

Dans d'autres cas, il peut arriver que le juge, dans ses motifs, a tenu compte par exemple d'une visite

officiieuse qu'il a faite, en dehors d'une descente sur les lieux, ou bien que pendant cette opération judiciaire il a recueilli et enregistré les renseignements donnés par des personnes étrangères au procès. Cette visite ou ces renseignements ne pourront jamais servir de bases légales à la conviction du juge (1).

Mais, s'il s'est fondé, tant sur ces mesures irrégulières d'instruction que sur les explications ou documents qui lui ont été fournis, le magistrat a alors entendu donner à sa décision une double base et en prenant soin de l'asseoir sur les explications ainsi fournies contradictoirement aux débats, il a, par la suite, donné une justification légale à sa sentence, indépendamment des autres motifs qui sont surabondants (2).

Cette obligation pour le juge de rester étranger aux modes de preuve employés par les parties se traduit encore ici, par une nouvelle formalité de la loi qui est, comme on le voit, la rédaction des motifs. Cette rédaction doit elle-même exposer très clairement toutes les raisons sur lesquelles le juge a pu s'appuyer de façon à montrer qu'un tribunal n'a pas méconnu le plus important des droits des plaideurs, celui de la défense, dans l'examen des faits du procès et qu'il a respecté les formes de la preuve. Ainsi

1. D. 1878. 4. 263.

2. Cass. Req., 12 avril 1907, S. 1908. 1. 72.

les témoins, entendus dans une enquête sommaire, doivent à peine de nullité prêter serment de dire la vérité. Or l'accomplissement de cette formalité essentielle doit, sous la même sanction, être expressément constatée soit dans le procès-verbal d'enquête, soit dans le jugement selon que le litige comporte ou non la rédaction d'un procès-verbal. En conséquence, le jugement prononcé par un tribunal, statuant comme juge d'appel d'une sentence rendue en justice de paix, et fondée sur les dispositions des témoins, serait nul, s'il n'était pas constaté que ces témoins aient prêté serment de dire la vérité. Mais cette absence de régularité de l'enquête ne sera une cause de nullité de la sentence qui l'a suivie qu'autant qu'elle se basera sur les dispositions qu'elle renferme et non si elle tire ses raisons de décider de motifs étrangers à l'enquête.

Nous avons dit que, en vertu du secret de l'instruction d'une juridiction répressive, les juges ne pouvaient pas, dans une instance civile, invoquer comme éléments de conviction des pièces ayant appartenu à une telle procédure, clôturée par une ordonnance de non-lieu. Donc, s'il ne résulte pas des motifs non plus que des qualités de sa décision que la pièce a été communiquée aux juges du consentement de la partie qui avait intérêt à la garder secrète, ni qu'elle ait été versée contradictoirement aux débats, il y aura violation de la loi. Un excès de pouvoir aura été

commis par cela seul qu'on s'en sera servi de documents étrangers. C'est ainsi que le tribunal de Mauriac, dans un jugement du 30 mai 1901, s'était fondé, pour ordonner la restitution d'un billet, dont la propriété avait été transmise par la simple cession du titre, sur une instruction criminelle non produite par les parties et qui n'avait fait l'objet d'aucun débat contradictoire. Il n'avait pas répondu non plus aux conclusions du cessionnaire de ce billet, relatives à l'existence de la cession et sur la mise en cause du cédant. Du moment où la décision ne vise que les seules pièces d'une information, clôturée par une ordonnance de non-lieu, il n'est pas possible de considérer qu'elle a une base suffisante et légale pour déterminer la conviction du juge, puisque la procédure mentionnée dans les motifs ne pouvait pas être introduite dans la cause (1). Nous voyons donc que les juges civils ne peuvent former leur conviction ni motiver leurs décisions sur le résultat de leurs investigations personnelles, poursuivies en dehors de l'audience et en l'absence des parties. Par suite, doit être annulé le jugement qui rejette une offre de preuve en se fondant uniquement « sur les informations recueillies par le tribunal ».

Il ne faut pas, du reste, que le magistrat se borne à

1. Cass. civile, 29 juillet 1903. S. 03. 1. 503. — Riom, 17 juin 1903. *Le Droit*, 3 octobre 1903.

déclarer que de l'examen de l'affaire, comme aussi des renseignements recueillis par lui, il appert que les allégations du demandeur ou du défendeur, formulées dans leurs conclusions ne reposent sur rien de sérieux, sans préciser, ni montrer, en quoi elles ne sont pas fondées. Il doit établir dans les motifs pour quelles raisons ces renseignements ne sont pas valables, et constater qu'il n'en a pas fait usage sans avoir au préalable vérifié leur introduction régulière dans l'instance.

Fréquemment, on rencontre dans l'exposé des motifs des jugements la mention que le juge s'est basé sur « les renseignements fournis » ou bien encore sur « les renseignements recueillis ». — De telles indications impliquent-elles d'elles-mêmes que le juge ait lui-même recueilli ces renseignements ? Nous ne le pensons pas. Ces expressions peuvent en effet se rapporter à un ensemble de faits qui ne résulteront nullement des recherches pratiquées à l'insu des parties ni à des mesures d'instruction autres que celles autorisées par la loi.

Malgré le laconisme des locutions ainsi employées a-t-on le droit d'en déduire que des documents ainsi sous-entendus n'étaient pas connus des parties en cause ? On ne doit pas en effet présumer de la part du juge une semblable contravention à la loi ; il appartiendrait au justiciable de prouver que les documents ou renseignements qui peuvent se dissi-

muler sous une semblable brièveté de motifs se rapportent à l'initiative personnelle du juge. Il n'y a, d'ailleurs, ici qu'une application de la règle générale, d'après laquelle une partie étant sans intérêt à faire annuler la disposition d'un arrêt qui lui est favorable, voit son pourvoi irrecevable de ce chef.

En résumé, chaque jugement doit se suffire par lui-même et contenir toutes les conditions de régularité et de validité requises (1). Une des plus importantes de ces conditions est, comme nous venons de le démontrer, qu'il soit motivé, pour permettre aux plaideurs de contrôler, si l'examen du juge sur les questions de faits et de droit qui lui ont été soumises, a été régulier et fait selon les formes prescrites par la loi pour en assurer la parfaite équité.

En France, où les dispositions de la loi priment quand elles sont incompatibles celles qui émanent de la volonté des parties, l'obligation de motiver les jugements est devenue une maxime fondamentale quelle que soit la juridiction. — C'est pour le plus grand bien de tous, car cette obligation commande le recueillement et la réflexion et donne au juge un sentiment plus vif de sa responsabilité, tout en assurant son impartialité.

1. Cass., 4 février 1836. D. 56. I. 85.

CHAPITRE V

Acceptation par les parties de la violation du principe de la neutralité

Après avoir dit que les modes de preuve sur lesquels les juges sont autorisés à fonder leurs décisions étaient énumérés limitativement par l'article 1316 du Code civil et que les règles sur la preuve étant d'ordre public pour le juge, les tribunaux ne pouvaient pas y déroger notamment en se décidant d'après des connaissances personnelles, acquises en dehors de l'audience, sans commettre un excès de pouvoir, nous allons, dans cette dernière partie de notre sujet, montrer brièvement que les parties peuvent renoncer à se prévaloir du principe de la neutralité qui est ainsi imposé aux magistrats par la loi. Il arrive en effet que les plaideurs, soit en conservant le silence, soit en discutant ou en assistant à un acte d'instruction irrégulier en la forme, renoncent implicitement par cette attitude à se prévaloir du vice de l'irrégularité, qui affecte cette mesure d'instruction. Or nous avons admis au début de cette étude

que les justiciables étaient et devaient rester maîtres des procès qu'ils intentent, des prétentions sur lesquelles ils se fondent et par conséquent des preuves qui les établissent.

Les plaideurs en matière civile ont et ne peuvent avoir, en règle générale, que des questions d'ordre absolument privé à débattre, qui ne touchent en rien à l'ordre public. Ils restent donc entièrement libres de renoncer aux garanties qui leur ont été offertes par le législateur en vue de les préserver contre l'arbitraire des magistrats. Par exemple, il peut arriver que, sur la demande d'une des parties, le tribunal se rende sur les lieux pour en examiner l'état sans que les formalités prescrites par les articles 295 et suivants du Code de procédure civile aient été ordonnées. Dès lors, si l'adversaire y assiste sans soulever aucune objection, il est, par sa présence, considéré comme ayant adhéré à l'omission des juges. Aussi ce procédé d'instruction n'en sera pas moins valable, si le jugement ne se borne pas seulement à mentionner cette visite des lieux contentieux, mais à en constater avec précision et netteté les résultats. Les droits de la défense n'ont pas été, en effet, compromis puisqu'une telle décision relate tous les faits à vérifier et cela en présence de toutes les parties en cause (1).

1. Cour de Toulouse, 9 juin 1884. D. 85. 2. 113.

Il en aurait été encore de même si le tribunal, sans avoir rendu de jugement préalable, s'était transporté sur les lieux après la mise en délibéré de la cause, cela en présence des parties. Ici, il n'y aurait pas eu de la part des juges violation de l'article 188 du Code de procédure civile et des règles sur la preuve en accomplissant une telle visite purement officieuse, les parties intéressées y ayant consenti en assistant aux opérations sans protester. Elles seraient mal venues à se plaindre qu'il n'a pas été dressé procès-verbal d'une telle visite puisqu'elle a été faite avec leur assentiment et en présence de leurs Conseils. C'est l'opinion qui a été admise par la Cour d'Aix par un arrêt du 13 février 1872 (1).

Il y a donc là, de la part des plaideurs, une faculté de renonciation dont il faut rechercher le caractère. Est-ce une convention sur la preuve comme cela se rencontre dans les articles 312 et 1315 du Code civil ? Dans le premier de ces textes, le fils est dispensé d'établir aucune preuve par suite de la présomption légale de la paternité qui pèse sur le mari lorsque l'enfant a été ou est conçu pendant le mariage. Il y a un déplacement de preuve qui résulte d'une convention légale. Tel est encore le cas de l'article 1315 qui impose au demandeur la charge de la preuve des faits qui tendent à justifier son action.

1. Première Ch. D. 73. 5. 462.

Dans l'article 1132 du même Code, nous rencontrons cette même idée de convention. Cet article limite la charge de la preuve pour le créancier. Ce dernier est dispensé d'établir tous les éléments de son droit. Il doit seulement en prouver l'apparence en produisant l'écrit qui constate l'obligation contractée envers lui. La cause de l'obligation est sous-entendue et si elle est illicite, ce sera au défendeur ou débiteur en l'espèce, qui voudra se prévaloir de cette nullité, à en prouver l'existence. Enfin, comme dernier exemple de convention sur la preuve, nous pouvons encore citer l'article 1341 du Code civil qui a pour objet d'apporter des modifications dans les différents modes de preuve.

Mais y a-t-il une convention sur la preuve, lorsqu'un plaideur renonce à une garantie que la loi a édictée en sa faveur ? Autrement dit, nous trouvons-nous en face d'une hypothèse similaire à celles que nous venons d'énumérer ? Demandons-nous donc, tout d'abord, quelles sont les conditions nécessaires pour former, au sens légal du mot, l'existence de ce rapport juridique appelé convention ? Ces conditions sont au nombre de deux : la première, c'est la liberté pour les parties d'accepter ou non la chose qui fera l'objet de la convention ; la seconde, c'est la possibilité du but envisagé et proposé juridiquement.

Ceci dit, la renonciation des parties à s'élever con-

tre l'irrégularité d'une mesure d'instruction présente-t-elle ces caractères ? Si la pièce ou le renseignement ainsi recherché personnellement par le juge était de par sa nature accessible à tous, il est bien évident que toutes les personnes, ayant un intérêt à sa production, auraient pu s'en servir. Mais, s'il s'agit d'une pièce ou d'une information, qu'on ne pouvait pas se procurer, par exemple, un document appartenant à une procédure secrète répressive, document, qui n'en a pas moins été introduit par le tribunal, au cours des débats, le plaideur, contre qui cette pièce sera produite, sera obligé d'accepter ce qu'il ne peut pas empêcher. Dans cette obligation, où est l'accord des volontés qui est un des éléments essentiels pour la formation de la convention ? Il ne peut donc pas être question ici de convention sur la preuve. En effet s'il est certain que l'une ou l'autre des parties intéressées peut se servir de ces pièces ou de ces renseignements ainsi pris en considération par le juge à leur insu, il est non moins clair que l'adversaire conservera toujours le droit de s'opposer à une telle production qui est faite au mépris des règles légales.

Cette opposition de la part de ce plaideur ne peut se traduire que par un droit de critique sur l'emploi que le magistrat a fait de ses pouvoirs. Par suite, en abandonnant ce droit de critique, il y aura de sa part implicitement une renonciation unilatérale au principe de la neutralité du juge.

D'autre part, si ce plaideur avait pu se procurer la pièce, ainsi produite par le juge dans le procès, il aurait pu s'en servir sans qu'il y ait pour cela une convention puisqu'elle était accessible à tous.

Dans l'un ou l'autre de ces, cas il y a donc acceptation ou renonciation *unilatérale* de la part de ce plaideur ; nous ne nous trouvons donc jamais en présence d'une convention.

Cette renonciation qui appartient à tout justiciable porte, comme nous le voyons, sur le droit de critiquer les moyens de preuve irrégulièrement opposés. Ainsi, bien qu'un tribunal se soit servi d'une pièce ou mesure d'instruction non accomplie dans les formes voulues, sa décision pourra demeurer valable, si toutefois il a eu le soin de constater que cette pièce ou cette mesure d'instruction a été l'objet d'un débat contradictoire et public au cours de l'instance entre les parties intéressées. La discussion entraîne adhésion tacite des parties à la production par le juge de ces moyens irréguliers d'investigations.

Si nombreuses que soient les décisions qui, aux termes des articles 295 et suivants du Code de procédure civile, refusent de prendre en considération les résultats d'une visite, faite officieusement par un tribunal, sans jugement préalable et sans l'accomplissement des formalités prescrites, telles que la rédaction d'un procès-verbal (1), néanmoins, la Cour

1. Cass., 28 février 1876. S. 76. 1. 152. — 2 mai 1886. S. 86. 1. 201.

de cassation s'est toujours refusée à prononcer la nullité de semblables décisions, chaque fois qu'elles se fondaient sur la présence de toutes les parties et quand elles relataient, expressément, avec netteté et précision, les constatations qui avaient été faites. — Du moment que toutes les parties en cause sont présentes et ne soulèvent aucune objection, il faut en déduire qu'elles sont consentantes et reconnaissent comme valables les vérifications ainsi opérées, puisqu'elles mentionnent exactement tous les faits litigieux. Par suite, il est impossible de soutenir que les droits de la défense ont été compromis.

Ce n'est pas tout, car l'irrégularité d'une instruction, faite en dehors des prescriptions de la loi, ne saurait disparaître par cela seul que les résultats en auraient été soumis à l'appréciation des plaideurs. Il faut encore que les intéressés aient été mis en demeure, et cela légalement, de discuter ces résultats et de les contredire. C'est ainsi qu'une Cour d'appel ne saurait prendre pour base de sa décision la déclaration d'un tiers (dans l'espèce, le Directeur général de l'Enregistrement et du Timbre) provoquée non seulement en dehors des formes, édictées par les articles 252 et suivants du Code de procédure civile, mais encore après la clôture des débats et alors que la cause était en délibéré, sans qu'il ait été mentionné que les parties avaient été mises en demeure de la discuter.

Dans cette hypothèse, la mesure avait été provoquée par la Cour d'appel elle-même, en ce sens qu'elle avait chargé les avoués de formuler cette demande. Or, elle avait omis dans les considérants de son arrêt de constater le consentement formel des parties. De ce silence, on ne pouvait déduire qu'il y avait eu contrat judiciaire entraînant la renonciation de la part des intimés à la procédure légale d'enquête, ordonnée par le jugement dont était appel, et dont les conclusions avaient demandé le maintien. « Attendu, enfin, dit la Cour de cassation, que cette renonciation ne saurait résulter d'avantage de la simple communication, faite aux parties, de la déclaration dont s'agit, lorsque l'arrêt se borne à mentionner cette communication sans dire dans quelles conditions, à quel moment et par qui elle a été faite ; — que dans une pareille situation, l'arrêt ne pouvait faire état de cette déclaration, sans constater que les parties intéressées avaient été mises en demeure après en avoir pris connaissance, de la discuter et d'y contredire dans un débat rouvert ; — que, n'ayant pas fait cette constatation, il n'a pu prendre ce document comme un élément légal de sa décision (1). »

En chargeant ainsi les avoués des parties de faire les diligences nécessaires pour se procurer les renseignements, il n'en était pas moins vrai que c'était

1. Cass., civile, 25 mai 1889. S. 89.1.424.

réellement la Cour, qui avait eu l'initiative de cette démarche. En outre, c'était après l'audition du ministre public, sans que les débats aient été rouverts que l'administration du Timbre avait été ainsi consultée. Il était impossible, dans ces conditions, que les renseignements eussent pu être efficacement discutés. Par suite, le silence ou même la présence des parties ne pouvait suppléer à une discussion publique et contradictoire, que rien dans les considérants ne laissait supposer qu'elles avaient été à même de faire. La renonciation aux garanties, offertes par le législateur aux plaideurs, ne doit pas se présumer. Il faut une constatation très claire faisant ressortir qu'ils ont été mis en demeure et cela légalement de prendre connaissance des mesures d'instruction irrégulières dont s'est servi le juge.

Cet exemple n'est pas le seul que nous fournisse la Cour de cassation. Dans une autre hypothèse, le tribunal civil de Largentière, ayant à juger en matière commerciale, avait rendu le 10 juin 1903 un jugement dans lequel, pour condamner le défendeur à des dommages-intérêts pour la valeur d'arbres indûment coupés, il avait pris uniquement comme élément de sa conviction une visite faite par un des juges pendant le délibéré. Les parties n'avaient pas été convoquées, et n'étaient ni présentes ni représentées. Au surplus, aucun procès-verbal n'avait été dressé. Aussi, sur le pourvoi en cassation qui intervint

pour violation des articles 295 et suivants du Code de procédure civile, la Chambre civile cassa cette sentence : « Attendu qu'il n'appert d'aucun acte de la procédure que le demandeur en cassation ait, à un moment quelconque, renoncé à se prévaloir des vices d'une mesure d'instruction, effectuée en dehors des formes légales ; qu'en statuant, comme il l'a fait, le tribunal a violé la disposition de loi sus-visée (1). »

Il en est donc autrement lorsque la visite quoique simplement officieuse a eu lieu au su et du consentement des parties avec leur concours. Mais il est essentiel, pour que la démarche du magistrat puisse devenir un élément légal de conviction qu'il soit fait mention que les parties avaient été averties, ou avaient assisté aux opérations ainsi exécutées sans protester. Si le jugement est muet sur ce point, on doit présumer que la visite ainsi faite a exercé une influence sur la détermination des magistrats (2).

En ce qui concerne la preuve la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mars 1843, a décidé que l'exécution sans protestation ni réserves d'un jugement, qui ordonne une enquête, emporte acquiescement à ce jugement et rend la partie non recevable à en demander la nullité sur le motif que l'enquête avait été

1. Cass. civile, 21 octobre 1907. D. 1908. 1. 64.

2. 17 mars 1847. D. 47. 1. 177.

ordonnée dans un cas où la preuve par témoins n'était pas autorisée par la loi. Il s'agissait d'une personne, qui réclamait le paiement d'une somme de 350 francs, créance pour laquelle elle ne présentait pas de preuve écrite, aussi demandait-elle à en faire la preuve par témoins. Malgré l'opposition du défendeur, le tribunal de Reims dans un jugement du 27 janvier 1842, admit cette prétention : « Attendu que des explications, données par les parties à l'audience, il résulte pour le tribunal un commencement de preuve... etc. » L'enquête eut alors lieu sans protestation, ni réserves de la part du défendeur qui produisit lui-même des témoins, en suite de quoi un jugement définitif du 10 février 1842 adjugea au demandeur le montant de sa demande. Il y eut lieu à un pourvoi en Cassation, basé sur ce que le tribunal avait autorisé une preuve par témoins, hors des cas prévus par la loi, pour violation de l'article 1341 du Code civil. La Cour de cassation le rejeta en ces termes : « Attendu que le demandeur en cassation s'est conformé au jugement qui ordonnait une enquête sommaire, qu'il a produit des témoins, qu'il a fait entendre au jour indiqué par le tribunal ; que cette exécution volontaire donnée par lui sans protestation, ni réserves au jugement interlocutoire est un véritable acquiescement qui le rend non-recevable à demander l'annulation de ce même jugement... Rejette, etc. »

La disposition de l'article 1341, qui prohibe cette preuve, s'adresse personnellement au juge et non à la partie qui déclare formellement y consentir. Aussi, son consentement dispense le magistrat de suivre strictement les prescriptions de la loi.

S'agit-il de documents produits par les soins du Ministère public, nous avons vu dans un arrêt déjà cité (1) que les parties ont la faculté de renoncer à se prévaloir de la nullité qu'encourrait un jugement, fondé sur la production de semblables documents. Mais elle est subordonnée à la condition qu'il soit formellement établi qu'un tel élément de décision a été préalablement porté à la connaissance des parties et que ces dernières ont été mises à même de s'en expliquer dans un débat public. En effet, comme il s'agit d'une règle, destinée à protéger les intérêts des parties, celles-ci seront toujours maîtresses de renoncer à son application. C'est ce que dit cet arrêt : « A moins qu'il ne soit établi que les plaideurs y ont renoncé. » On a donc reconnu d'une manière expresse qu'il peut y avoir de la part d'un plaideur renonciation au droit de critique accordé par la loi contre l'arbitraire du magistrat.

Le principe qui défend au juge de fonder sa décision sur sa connaissance personnelle des faits litigieux ou sur un mode d'instruction irrégulier n'est

1. 20 novembre 1889. S. 1890. I. 7.

pas d'ordre public et ne peut pas être invoqué par conséquent pour la première fois en Cassation. « Attendu, dit la Chambre civile, que, à supposer que les renseignements auxquels le tribunal de commerce faisait allusion, comme ayant été par lui recueillis, devaient désigner des renseignements pris en dehors de ceux qui avaient été fournis par les débats, il est constant que les demandeurs en Cassation n'ont pas, devant la Cour d'appel, critiqué cette énonciation du jugement comme constituant un mode de preuve contraire à la loi ; qu'ils doivent donc être réputés avoir renoncé à se plaindre de ce prétendu grief et que cette renonciation doit être tenue pour valable puisqu'elle n'est en opposition avec aucune règle d'ordre public (1). »

Cette même idée se rencontre dans un autre arrêt tout récent de la Chambre civile de la Cour de cassation. Il y est dit qu'une Cour d'appel ne peut valablement faire état des explications qui lui ont été fournies par un expert dans la Chambre du Conseil après la clôture des débats : « Attendu que l'arrêt ne constate pas que ces explications nouvelles de l'expert aient été portées à la connaissance des parties et que celles-ci aient été mises à même de les discuter et d'y contredire ; — d'où il suit qu'en faisant état de ces explications l'arrêt attaqué a méconnu

1. Cass. civile, 15 janvier 1890. P. 90. 1. 270.

les règles de la procédure et les droits de la défense et par suite violé l'article 1315 du Code civil (1). »

Nous croyons qu'il est nécessaire que les parties aient toujours été mises à même de renoncer à leur droit de discussion et de critique, sur le renseignement ou le document qui décidera peut-être du résultat du procès. Chacune d'elles peut prendre une résolution qui lui sera peut-être funeste, mais à laquelle il lui est, en définitive, loisible de s'arrêter.

Dans les cas où une pièce appartenant à une procédure de répression sera versée dans un procès, elle ne pourra déterminer la conviction du tribunal que si l'adversaire a eu connaissance de cet incident et n'a pas jugé opportun de s'opposer à la prise en considération d'une pièce susceptible de lui nuire. Ainsi, les juges, après avoir, à la suite d'un premier arrêt incident et sous prétexte qu'ils n'avaient aucune qualité à cet effet, refusé d'ordonner la communication aux parties d'une procédure correctionnelle suivie à l'occasion des faits du procès et terminée par une ordonnance de non-lieu, ne peuvent pas prendre pour base de leur décision dans leur arrêt définitif, des éléments puisés dans cette procédure à eux communiquée, à moins qu'ils ne constatent que les parties aient été mises en demeure, après en avoir pris connaissance, de la discuter publiquement et

1. Ch. civile, 12 novembre 1907, D. 08, 1. 96.

contradictoirement. A l'appui d'une demande en dommages-intérêts, intentée contre une compagnie de chemin de fer à raison d'un accident, on avait produit des extraits d'une procédure correctionnelle instruite par le parquet et terminée par un non-lieu. La Cour de Montpellier, devant qui l'affaire fut portée, fit état de cette procédure sans constater que la Compagnie en question en ait eu communication, malgré les conclusions qu'elle avait déposées à ce sujet. Aussi, sur le pourvoi qui fut formé, la Cour de cassation annula la décision en disant : « Que n'ayant pas fait cette constatation, elle n'avait pu prendre cette procédure comme un élément légal de sa décision, sans méconnaître les règles sur la preuve et le droit de la défense (1). » Et cela malgré la régularité de cette communication.

S'il a été jugé qu'il est interdit au juge de former sa conviction d'après la connaissance personnelle qu'il a pu acquérir des faits du litige en dehors des moyens de preuve admis par la loi, il a été reconnu par contre que la partie avec l'assentiment de laquelle le tribunal a procédé par exemple à une visite purement officieuse des lieux litigieux, n'était pas fondée à attaquer pour ce motif le jugement qui a suivi alors qu'il ne reste aucune trace de cette visite dans les motifs. Cependant, la jurisprudence demeure

1. Cass. civile, 22 février 1897. S. 1897. 1. 327.

incertaine sur ce point qui divise également les auteurs. Et la Cour de cassation est allée jusqu'à admettre que la mesure d'instruction, ainsi accomplie à l'insu des parties, était valable du moment qu'on avait eu soin de relever la circonstance que cette mesure d'instruction n'avait apporté aucun élément nouveau, dont il ait été fait état (1).

Certains auteurs vont même jusqu'à adopter l'idée qu'aucune nullité ne résulte de ce qu'un tribunal a visité les lieux sans que les parties en aient été prévenues.

Le système contraire qui fait découler du principe bien constant que les juges doivent former leur conviction d'après des preuves, administrées suivant les formes prévues par le Code de procédure civile, nous paraît bien préférable, et il ne saurait y avoir aucune discussion, lorsqu'il a été procédé à ces mesures d'investigations en l'absence des parties et sans leur consentement exprès.

En terminant, nous dirons que dans toutes les hypothèses où le juge se sera servi d'éléments de preuve recueillis personnellement ou qu'il aura puisés dans une instance antérieure, si les parties se trouvent ainsi atteintes dans leurs intérêts et dans le droit de libre discussion que leur a donné le législateur, elles pourront, il est vrai, se pourvoir en Cassation contre

1. Ch. civile, 18 août 1863. D. 63. 4. 359.

la décision qui leur nuit, en invoquant, suivant le cas, soit l'absence de motifs, soit l'excès de pouvoir. Mais, il faut admettre qu'elles peuvent renoncer à se prévaloir de ce défaut de régularité dans l'admission des moyens de preuve en ne soulevant aucune objection. Il y aura eu tout simplement de la part du plaideur une renonciation purement personnelle au droit que lui reconnaît la loi de critiquer et de protester contre des documents qui par leur illégalité dans l'instance pourraient avoir, pour ses intérêts, les résultats les plus néfastes.

CONCLUSION

Nous avons essayé de montrer que, dans l'instruction des affaires civiles, qui lui étaient soumises, le magistrat devait accomplir son œuvre de justice au grand jour de la publicité de l'audience. Le procès est en effet considéré comme un duel, dans lequel les deux parties peuvent fixer le moment de la lutte et dans lequel aussi chacune a le droit de profiter des fautes de son adversaire. Tous les documents dont le juge s'inspire, toutes les considérations sur lesquelles il appuie sa décision, sont soumis, et cela à peine de violation de la loi, à l'examen contradictoire de tous les intéressés, car les plaideurs doivent toujours rester maîtres de leurs droits et pouvoir, même après avoir saisi le juge de leur contestation, le dessaisir, soit tacitement en restant inactifs, soit expressément.

Le juge ne saurait s'appuyer sur rien en dehors des éléments de la cause, sans qu'il y ait non seulement une libre discussion qui s'engage entre les plaideurs et lui, mais encore, tous les éléments sur lesquels il se fonde pour baser sa conviction doivent

être établis selon les formalités prévues par le Code de procédure civile. Ces formalités n'ont d'autres raisons d'être, que d'assurer aux plaideurs la liberté absolue de formuler leurs prétentions et d'obliger le juge à une égale appréciation de leurs intérêts.

C'est pourquoi tous les moyens qui servent de fondement à un jugement, tels que pièces, documents ou renseignements, doivent être exposés au regard de tous, par l'énoncé de motifs clairs et précis, permettant aux plaideurs d'apprécier quel usage le magistrat a fait de ses pouvoirs.

Il ne faut pas, en effet, que les preuves juridiques cèdent à des conjectures douteuses, à des idées préconçues ou encore à des présuppositions sans fondement certain. Obligé de rechercher la vérité au milieu de la fraude, de la chicane et de la mauvaise foi, ou bien dans le hasard des événements, le juge ne doit jamais se décider sur le rapport de ses sens, que quand il est de nature à porter la lumière et la conviction dans son esprit. Représentant de la justice, le magistrat doit demeurer impartial et pur de toute compromission, en s'attachant à rendre des décisions légalement prises, sinon il trahirait les intérêts sacrés dont il a la garde. Et puis, il fallait prévenir les surprises, la débilite de son esprit, les imperfections de ses connaissances, pour ne lui permettre de juger que suivant une certitude légale. Mais si la certitude est la base évidente de la vérité, elle n'est pas la vérité elle-même.

Or, en droit, on regarde comme certain ce qui est prouvé selon les formes de la loi ou ce qui est présumé comme tel par elle, car « la plupart des vérités qui sont la matière des questions de fait ne sont pas des vérités naturelles et immuables, mais des vérités arbitraires, dépendant de l'inconstance de la volonté des hommes et comme elles sont incertaines par leur nature, les preuves sur lesquelles elles sont fondées ne peuvent jamais avoir ce caractère de fermeté et d'évidence, capable de produire une conviction entière et de former une démonstration parfaite » (1).

En consacrant les formes, qui ne sont, comme on l'a vu, que les moyens légaux pour atteindre la certitude juridique, le législateur a arrêté la précipitation dans les jugements et maintenu le juge dans le devoir.

1. D'Aguesseau, t. II, p. 538.

Vu : le Président de la thèse

BARTIN

Vu : le Doyen

CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>Recherches personnelles des preuves par le juge</i>	10
Procès-verbal. — Définition du point de fait et du point de droit. — Différences. — Preuve. — Son application. — Fragilité et probabilité des moyens de crédibilité. — Intervention des formes de la procédure. — Fondements du principe de la neutralité. — Connaissance personnelle du juge. — Renseignements officieux. — Audition de tiers sans enquête préalable. — Déclarations écrites d'un témoin non comparant. — Lettres confidentielles. — Vérification personnelle faite par les tribunaux. — Visite officieuse des lieux. — Le juge a-t-il le droit de suppléer par des connaissances personnelles à un rapport d'expert. — Pouvoirs du juge et droit des parties en ce qui concerne la communication des	

pièces. — Pièce commune. — De la règle *Nemo tenetur edere contra se*. — De la production des documents ou renseignements par le ministère public. — Conclusion. — De la notoriété publique et de la connaissance personnelle du juge. — Preuve par commune renommée.

CHAPITRE II. — *La pièce introduite aux débats a figuré antérieurement dans un litige d'intérêt privé.* 59

Exclusion de la règle *res judicata pro veritate habetur*. — Article 1351 du Code civil. — Examen des hypothèses dans lesquelles la question s'est posée. — Titres ou documents communs. — Hypothèses admettant l'application des articles 1353 et 1348 du Code civil. — Enquêtes faites antérieurement à l'instance en cours. — Enquêtes ordonnées en cas d'urgence par voie de référé. — Mesures d'instruction à futur. — Mesures d'instruction, faites dans une instance antérieure entre les mêmes parties. — Renseignements privés dans une mesure d'instruction étrangère. — Conclusion.

CHAPITRE III. — *La mesure d'instruction a figuré antérieurement dans une procédure de répression.* 89

Différences entre les pouvoirs du juge au civil et du juge au criminel. — La pièce appartient à une procédure de répression non suivie d'une ordonnance de renvoi ou de soit communiqué. — La pièce introduite figure dans une procédure de

répression close par une ordonnance de non-lieu. — Effets du consentement de la partie qui a fait l'objet de cette mesure. — Faculté du Procureur général d'autoriser la production. — Divul-gation de la procédure à l'audience. — Si la pro-cédure a abouti à des débats publics, effets de la publicité ainsi donnée. — Hypothèses dans lesquelles se rencontrent l'application des arti-cles 1353 et 1348 du Code civil. — Dans ces cas, le juge jouit d'un pouvoir d'investigation beau-coup plus large. Exemple : en cas de quasi-délits, de dol ou de fraude. — Application des mêmes principes au cas où la pièce appartient à une procédure de répression exceptionnelle : — Conseils de préfecture. — Conseils de guerre et tribunaux maritimes. — *Quid ?* si la pièce appartient à une procédure disciplinaire.

CHAPITRE IV. — *Théorie des motifs et sanction du prin-cipe de la neutralité*..... 129

Définition des motifs. — Énumération des juridictions qui ont l'obligation de motiver leurs décisions. — Textes de loi. — Distinction entre les motifs de droit et de fait. — Intérêt de la distinction et caractères qui permettent de la faire. — Consi-dération générale sur l'utilité de motiver les décisions judiciaires. — Opinions d'auteurs. — Énumération des différents motifs avec exemple de jurisprudence (motifs implicites, motifs suffi-

sants, motifs erronés, adoption de motifs, motifs dubitatifs, motifs surabondants, motifs contradictoires). — Contrôle de forme sur les motifs et sanction de la neutralité. — Examen des différentes hypothèses où le juge dans ses motifs s'est référé à des pièces valables ou à des pièces non valables, à une mesure d'instruction irrégulière ou à une pièce ayant appartenu à une procédure de répression.

CHAPITRE V. — *Acceptation par les parties de la violation du principe de la neutralité*..... 163

Raisons qui autorisent les parties à renoncer aux garanties que la loi leur confère dans leur intérêt.

— Cette renonciation est-elle une convention sur la preuve comme celle autorisée dans les articles 1315, 1132 et 1341 du Code civil ?.

Examen du caractère juridique de la convention et comparaison avec le droit accordé aux parties de se prévaloir d'une mesure irrégulière d'instruction. — La renonciation porte sur le droit de critique. Les moyens de preuve. Elle est unilatérale et appartient à chacun des plaideurs. — Obligation pour le juge de constater que la partie intéressée a été mise légalement en demeure de discuter la mesure irrégulière dont il a été fait état. — Exemples de jurisprudence.

CONCLUSION..... 181

